

Partnerschaft mbB  
AG Charlottenburg, PR 1093 B  
Dr. Edgar Jousen  
Dr. Urban Schraner  
Bleibtreustraße 1  
10623 Berlin  
Telefon: 030/31 51 87-0  
Telefax: 030/31 51 87-44  
E-mail: ra-js@ra-js.de  
Internet: www.ra-js.de

**VOB-/BGB-Bauvertragsrecht  
und selbständiges Beweisverfahren**

**Aktuelle Rechtsprechung**

**im Zeitraum von Januar 2019 bis Dezember 2019**

*von Rechtsanwälten*

*Dr. Edgar Jousen und Dr. Urban Schraner, Berlin*

Inhaltsverzeichnis

A.	Allgemeines Bauvertragsrecht .....	4
I.	Allgemeines Vertragsrecht.....	4
II.	Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung.....	7
III.	Bauleistung.....	7
IV.	Formvorgaben .....	7
V.	Abgrenzung Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a.....	9
VI.	Kündigung .....	9
VII.	Mängel vor der Abnahme .....	11
VIII.	Vergütung/Zahlung .....	13
	1. Allgemein/Fälligkeit .....	13
	2. Abschlagszahlung .....	16
	3. Verzug.....	17
	4. Kündigung.....	17
IX.	Abnahme .....	19
X.	Bauverzögerung/Vertragsstrafe .....	23
XI.	Gewährleistung.....	28
	1. Mangel einer Bauleistung.....	28
	2. Leistungsverweigerungsrecht/Aufrechnung .....	32
	3. Nacherfüllung .....	33
	4. Fristsetzung.....	36
	5. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss .....	37
	6. Minderung .....	38
	7. Rücktritt.....	38
	8. Schadensersatz.....	40
	9. Prüf- und Hinweispflichten .....	46
	10. Vorteilsausgleich/Sowieso-Kosten.....	48
	11. Mitverschulden des AG .....	49
	12. Gewährleistungsfristen/Verjährung.....	52
XII.	Verjährung (allgemein) .....	55
XIII.	Allgemeine Schadensersatzansprüche .....	56
XIV.	Gesamtschuldner(ausgleich) .....	57
XV.	Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB a.F./§ 650e BGB) .....	59
XVI.	Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 648a BGB a.F./§ 650f BGB).....	59
XVII.	Arbeitsgemeinschaften/BGB-Gesellschaften .....	63
XVIII.	Rügepflichten nach HGB .....	63
B.	Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB .....	64

I.	VOB-Anwendungsbereich.....	64
II.	VOB/AGB-Inhaltskontrolle .....	64
III.	Leistungsbeschreibung/Leistungssoll .....	65
IV.	Preisanpassung bei EP-Vertrag.....	68
V.	Nachträge.....	68
	1. Mehrkostenansprüche nach Leistungsänderungsanordnungen des AG nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6.....	68
	2. Mehrkostenansprüche bei Pauschalvertrag (inkl. Baugrund) .....	71
VI.	Sub-/Nachunternehmer .....	71
VII.	Kündigung .....	72
VIII.	Abnahme .....	73
IX.	Vergütung/Zahlung .....	74
X.	Gewährleistung.....	75
XI.	Sicherungsrecht des Auftraggebers.....	76
	1. Sicherungsabrede .....	76
	2. Sicherheitseinbehalt .....	76
	3. Sicherheit durch Bürgschaft, Bürgschaftsrecht .....	77
	4. Sicherheit: Rückgabe .....	78
C.	Vergaberecht/-verfahren (Auswahl) .....	78
	I. Allgemein.....	78
	II. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte .....	85
	III. Schadensersatz.....	91
D.	GSB/BauFordSiG .....	91
E.	Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl) .....	93
	I. Allgemein.....	93
	II. Vertragsschluss/Leistungsumfang .....	95
	III. Vergütungsrecht/Verjährung .....	96
	IV. Haftungsrecht .....	100
F.	Bauträgerrecht.....	106
	I. Vertrag, Vergütung .....	106
	II. Haftung des Bauträgers.....	109
G.	Wohnungseigentumsrecht .....	111
H.	AGB-Recht .....	112
I.	Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren) .....	119
	I. Allgemeines Prozessrecht .....	119
	II. Gutachten im Prozess/Schiedsgutachten .....	120
	III. Schiedsverfahrensrecht .....	121
J.	Selbständiges Beweisverfahren.....	121
	I. Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung.....	121

II. Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens .....	122
K. Insolvenzrecht .....	122
L. Sozialversicherungsrecht.....	123

## A. Allgemeines Bauvertragsrecht

### I. Allgemeines Vertragsrecht

#### 1. *Messestand ist Geschäftsraum: Verbraucher kann Vertrag nicht widerrufen!*

Der Messestand eines Unternehmers, an dem der Unternehmer seine Tätigkeiten an wenigen Tagen im Jahr ausübt, fällt unter den Begriff "Geschäftsräume", wenn in Anbetracht aller tatsächlichen Umstände rund um diese Tätigkeiten und insbesondere des Erscheinungsbilds des Messestands sowie der vor Ort auf der Messe selbst verbreiteten Informationen ein normal informierter, angemessen aufmerksamer und verständiger Verbraucher vernünftigerweise damit rechnen konnte, dass der betreffende Unternehmer dort seine Tätigkeiten ausübt und ihn anspricht, um einen Vertrag zu schließen.

EuGH, Urteil vom 07.08.2018, Az.: Rs. C-485/17; ZIP 2018, 2083 = IBR 2019, 103

\*\*\*\*\*

#### 2. *Widerruflichkeit des Küchenkaufs auf Messestand*

Dem Verbraucher steht bei dem an einem Messestand geschlossenen Kaufvertrag über eine Einbauküche kein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1, § 355 BGB zu, wenn es sich bei der Messe um eine klassische Verkaufsmesse mit einer breit gefächerten, teils auch hochwertige Gegenstände umfassenden Produktpalette handelt. Das Angebot einer Einbauküche kann in diesem Fall nicht überraschend sein, so dass von einer Überraschung des Käufers nicht gesprochen werden kann.

BGH, Urteil vom 10.04.2019, Az.: VIII ZR 82/17; NJW-RR 2019, 753

\*\*\*\*\*

#### 3. *Abwehrklausel in Bieteranschreiben; das „Wie“ der Preiskalkulation ist Bietersache; Schadensersatz wegen Vergaberechtsverstößes auch ohne Nachprüfungsantrag oder Rüge*

1. Bedingt sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen (hier: § 1 Abs. 1.3 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen [ZVBBau] Stand 10. Juni 2015) aus, dass etwaige Vorverträge, in den Vergabeunterlagen nicht als Vertragsbestandteile aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder Klauselwerke oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil werden, und stellt ein Bieter mit seinem Angebot abweichende Zahlungsbedingungen, können diese infolge der Abwehrklausel des Auftraggebers im Falle der Auftragserteilung keine rechtliche Wirkung entfalten. Ein Ausschluss des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ist deshalb nicht erforderlich und nicht zulässig.

2. Auch ohne Geltung von § 1 Abs. 1.3 ZVBBau kann ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie namentlich Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen beigefügt hat, ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A in der Wertung verbleiben, wenn nach bloßer Streichung des Hinzugefügten ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt.

3. (...)

BGH, Urteil vom 18.06.2019, Az.: X ZR 86/17; BauR 2019, 1771 = NZBau 2019, 661 = IBR 2019, 571

\*\*\*\*\*

#### 4. *Schwarzarbeit ist nicht gleich Schwarzarbeit!*

1. Der mit einem gewerblichen Auftragnehmer abgeschlossene Bauvertrag ist nicht deshalb unwirksam, weil der Auftragnehmer - unter Verletzung der Handwerksordnung - nicht in die Handwerksrolle eingetragen ist.
2. Auch ein einseitiger Verstoß des Auftragnehmers gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit führt nicht zur Nichtigkeit des geschlossenen Bauvertrags.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 31.07.2015, Az.: 2 U 10/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.07.2018, Az.: VII ZR 188/15); IBR 2019, 57

\*\*\*\*\*

#### 5. *"Schwarzplaner" geht leer aus!*

1. Ein Architekt hat insgesamt keinen Anspruch auf Zahlung von Architektenhonorar, wenn er mit dem Bauherrn vereinbart hat, dass ein Teil des Honorars "schwarz" gezahlt werden soll.
2. Ist ein Architektenvertrag aufgrund einer Schwarzgeldabrede nichtig, stehen dem Architekten für erbrachte Leistungen gegen den Besteller weder ein Aufwendungsersatzanspruch nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag noch ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz zu.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.01.2016, Az.: 19 U 2/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.07.2018, Az.: VII ZR 44/16); IBR 2019, 144

\*\*\*\*\*

#### 6. *Trotz Bitte um Bestätigung: Was vereinbart wurde, wurde vereinbart!*

1. Im Handelsverkehr gilt der Grundsatz, dass der Empfänger eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens unverzüglich widersprechen muss, wenn er den Inhalt des Schreibens nicht gegen sich gelten lassen will. Widerspricht er nicht, wird der Vertrag mit dem aus dem Bestätigungsschreiben ersichtlichen Inhalt rechtsverbindlich.
2. Der Annahme eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens steht nicht entgegen, dass dieses die ausdrückliche Bitte um schriftliche Bestätigung enthält.

OLG Frankfurt, Urteil vom 03.08.2016, Az.: 29 U 92/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.05.2019, Az.: VII ZR 207/16); IBR 2019, 698

\*\*\*\*\*

*7. Zuschlag nach Ablauf der Bindefrist erteilt: Kein Vertrag zu Stande gekommen!*

1. Ein Bauvertrag kommt nach vorangegangener öffentlicher Ausschreibung zu Stande, wenn der Auftraggeber innerhalb der Zuschlags- und Bindefrist den Zuschlag an den Auftragnehmer erteilt.
2. Die Erteilung des Zuschlags ist auch nach Ablauf der Zuschlags- und Bindefrist noch möglich. Der verspätete Zuschlag stellt ein neues Angebot dar, das der Bieter, der durch Fristablauf von seinem bindenden Angebot frei geworden ist, annehmen, aber auch ohne Weiteres ablehnen kann.
3. Lehnt der Bieter den vom Auftraggeber im "Zuschlagsschreiben" alternativ angebotenen Ausführungszeitraum ab, liegt darin die Ablehnung des neuen Angebots.

OLG Dresden, Beschluss vom 12.10.2016, Az.: 16 U 91/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 07.11.2018, Az.: VII ZR 276/16); NZBau 2019, 544 = IBR 2019, 301

\*\*\*\*\*

*8. Schwarzgeldabrede, Verjährungshemmung durch bezifferte Schadensersatzklage*

1. (...)
3. Haben die Parteien einen Architektenvertrag geschlossen, der eine Ohne-Rechnung-Abrede beinhaltet und auf den das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der bis zum 1.8.2004 geltenden Fassung anwendbar ist, so ist es dem Architekten nach Treu und Glauben verwehrt, sich zur Abwehr von Mängel- bzw. Schadensansprüchen auf die Nichtigkeit des Architektenvertrags zu berufen, sofern er in Kenntnis dieser Abrede seine Architektenleistungen erbracht hat.
4. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 23.01.2019, Az.: 4 U 59/15; NJW 2019, 2784 = NZBau 2019, 445 = IBR 2019, 206

\*\*\*\*\*

*9. Zuschlagsschreiben mit neuen Vertragsterminen: Ohne Zustimmung kein Vertrag!*

1. Nimmt der Auftraggeber ein Angebot unter ausdrücklicher Bestimmung modifizierter Ausführungsfristen an, liegt darin eine Ablehnung des Bieterangebots, verbunden mit dem Angebot auf Abschluss eines anderen Bauvertrags.
2. Erklärt der Bieter nicht ausdrücklich die Annahme dieses Angebots, kommt kein wirksamer Bauvertrag zu Stande.
3. Die Erteilung des Zuschlags unter Abänderung der Vertragsbedingungen oder Vertragsfristen ist vergaberechtswidrig.

OLG Naumburg, Urteil vom 07.06.2019, Az.: 7 U 69/18; IBR 2019, 687

\*\*\*\*\*

## II. Vollmacht bei Abschluss des Bauvertrages und Nachträgen, Vertretung

### 1. *Wer den Bauvertrag abschließt, kann auch Nachträge beauftragen!*

1. Der Architekt handelt mit Anscheinsvollmacht, wenn der Bauherr dem Architekten allein die Vertragsverhandlungen mit dem Bauunternehmer überlässt und dem Architekten völlig freie Hand bei der Durchführung des Bauvorhabens lässt, ohne sich selbst um den Bau zu kümmern.
2. Wird der Architekt bei Abschluss des Bauvertrags in Vollmacht des Bauherrn selbstständig tätig, ergibt sich daraus eine Anscheinsvollmacht des Architekten für die Erteilung von Nachtragsaufträgen.

OLG Köln, Urteil vom 20.12.2017, Az.: 11 U 112/15; IBR 2019, 118

\*\*\*\*\*

### 2. *Der „Ansprechpartner für vertragsrelevante Erklärungen“ kann auch Nachträge beauftragen!*

Enthält ein Nachunternehmer-Verhandlungsprotokoll die Regelung "Ansprechpartner beim Hauptunternehmer für alle vertragsrelevanten Erklärungen ist der Bauleiter", kann der Nachunternehmer davon ausgehen, dass der Bauleiter des Hauptunternehmers für Vertragsänderungen bevollmächtigt ist.

OLG Dresden, Urteil vom 02.10.2018, Az.: 9 U 186/17; BauR 2019, 1620 = IBR 2019, 479

\*\*\*\*\*

## III. Bauleistung

### 1. *Terrassenanlage; Verjährung für Mängelrechte vor der Abnahme*

1. Auch eine Terrassenanlage ist ein Bauwerk i.S.v. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.
2. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2019, Az.: 5 U 91/18; BauR 2019, 1616 = NJW 2019, 2944 = NZBau 2019, 775 = IBR 2019, 487

\*\*\*\*\*

## IV. Formvorgaben

### 1. *Öffentliche Äußerungen des Verkäufers und abweichende Beschaffenheitsvereinbarung; negative Beschaffenheitsvereinbarung; Umfang des allgemeinen Haftungsausschlusses*

1. Öffentliche Äußerungen vor Vertragsschluss bestimmen die Eigenschaft einer Sache, die der Käufer erwarten kann, nicht, wenn und soweit die Vertragsparteien eine abweichende Beschaffenheit des Kaufobjekts vereinbart haben.
2. Regeln die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, liegt darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.

3. Ein allgemeiner Haftungsausschluss erfasst auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks (Bestätigung u.a. von Senat, Urteil vom 22. April 2016 – V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rn. 12).

BGH, Urteil vom 25.01.2019, Az.: V ZR 38/18; BauR 2019, 1445 = NJW 2019, 2380

\*\*\*\*\*

## 2. *Planervertrag mit Kirchengemeinde: Schriftform und Siegelung erforderlich!*

Für die Wirksamkeit eines mit einer evangelischen Kirchengemeinde geschlossenen Vertrags (hier: Vertrag über Projektentwicklung/Projektsteuerung) ist die Einhaltung der in den kirchenrechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Schriftform erforderlich. Die formwirksame Genehmigung eines formlos geschlossenen und damit schwebend unwirksamen Vertrags bedarf entgegen § 182 Abs. 2 BGB der Einhaltung der Formvorschriften. Hier gilt nichts anderes als bei genehmigungsbedürftigem Handeln anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.06.2018, Az.: 24 U 159/17; BauR 2019, 538 = IBR 2019, 20

\*\*\*\*\*

## 3. *Vereinbarungen über Sonderwünsche müssen notariell beurkundet werden!*

1. Nach Abschluss des Bauträgervertrags vereinbarte Sonderwünsche des Erwerbers müssen notariell beurkundet werden. Andernfalls ist die Vereinbarung nichtig.
2. Sonderwünsche sind Abweichungen vom angebotenen Leistungspaket des Bauträgers. Diese Zusatzleistungen können in Form höherwertiger Materialien oder aber auch in Form zusätzlicher Baumaßnahmen bestehen. Gleichgültig ist, ob es sich um wesentliche oder unwesentliche Änderungen handelt.
3. Die Nichtigkeit nachträglicher Sonderwunschvereinbarungen führt nicht zur Unwirksamkeit des ursprünglichen Bauträgervertrags.

OLG München, Urteil vom 14.08.2018, Az. 9 U 3345/17 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.02.2019, Az.: VII ZR 184/18); BauR 2019, 1326 = IBR 2019, 497

\*\*\*\*\*

## 4. *Exposé kann Leistungssoll bestimmen*

1. Das Leistungssoll für die Bauverpflichtung eines Bauträgers kann auch durch vertragsbegleitende Umstände bestimmt werden, etwa durch Texte und Visualisierungen in einem Prospekt, mit dem die Wohneinheit auf Veranlassung des Bauträgers beworben wird.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 11.06.2019, Az.: 21 U 116/18; BauR 2019, 1660 = IBR 2019, 496

\*\*\*\*\*



## V. Abgrenzung Werkvertrag/Werklieferungsvertrag u.a.

### 1. *Bauunternehmer muss angelieferten Beton prüfen!*

1. Ein Vertrag über die Herstellung und Lieferung von Frischbeton ist ein Werklieferungsvertrag, auf den die kaufrechtlichen Vorschriften Anwendung finden.
2. (...)

OLG Köln, Urteil vom 02.09.2016, Az.: 19 U 47/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.06.2019, Az.: VII ZR 326/16); IBR 2019, 609

\*\*\*\*\*

### 2. *Einer muss den Job ja machen ...*

Für Streitigkeiten aus einem Vertrag, der sich auf den Anschluss einer auf einem Gebäudedach installierten Photovoltaikanlage an das Stromnetz beschränkt, ist eine Sonderzuständigkeit der Kammern für Bausachen nach § 72a S. 1 Nr. 2 GVG nicht begründet.

Kammergericht, Beschluss vom 01.07.2019, Az.: 2 AR 26/19; IBR 2019, 532

## VI. Kündigung

### 1. *Kein Leistungsabruf = freie Kündigung?*

1. Ruft der Auftraggeber keine weiteren (Planungs-)Leistungen beim Auftragnehmer ab, kann darin keine freie Auftraggeberkündigung gesehen werden.
2. Stellt der Auftragnehmer seine Schlussrechnung und rechnet er ausschließlich noch nicht erbrachte Leistungen ab, liegt darin eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung, die den Auftraggeber zur Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund berechtigt.

OLG Frankfurt, Urteil vom 17.12.2015, Az.: 5 U 60/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 04.07.2018, Az.: VII ZR 17/16); IBR 2019, 145

\*\*\*\*\*

### 2. *Fehlerhafte Einmessung berechtigt nicht zur fristlosen Kündigung!*

1. Die Fehlstellung eines Gebäudes aufgrund eines vom Auftragnehmer nicht bemerkten Einmessfehlers stellt einen lediglich unerheblichen Mangel dar, der den Auftraggeber nicht zur fristlosen Kündigung des Bauvertrags berechtigt.
2. Eine unwirksame außerordentliche Kündigung ist im Regelfall als freie Kündigung auszulegen.

OLG Celle, Urteil vom 30.11.2017, Az.: 16 U 1/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.10.2018, Az.: VII ZR 281/17); IBR 2019, 368

\*\*\*\*\*

### 3. Aufforderung zur Mängelbeseitigung + Androhung der Ersatzvornahme = Kündigung!

1. Eine Kündigungserklärung setzt voraus, dass der Erklärende seinen Wunsch zur Vertragsbeendigung eindeutig zum Ausdruck bringt.
2. Wird der Auftragnehmer unter Androhung einer Ersatzvornahme aufgefordert, seine Leistung bis zu einem bestimmten Termin zu demontieren, kann das als Kündigung des Werkvertrags verstanden werden.
3. (...)
4. Wird ein Pauschalpreisvertrag gekündigt, steht dem Auftragnehmer eine Vergütung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu. Zur schlüssigen Darlegung dieses Vergütungsanspruchs ist eine Abgrenzung der erbrachten von den nicht erbrachten Leistungen erforderlich.

OLG Celle, Urteil vom 16.07.2018, Az.: 8 U 44/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.01.2019, Az.: VII ZR 158/18); IBR 2019, 544

\*\*\*\*\*

### 4. Erste Kündigung beendet den Vertrag!

1. Bei der Prüfung von wechselseitigen, sukzessiven, vertragsändernden bzw. vertragsbeendenden Erklärungen von Werkvertragsparteien ist eine chronologische Prüfungsmethode anzuwenden und - entgegen KG vom 16.02.2018 (IBR 2018, 317) - keine "materielle Gesamtbetrachtung" (d. h. ungeachtet des konkreten chronologischen Ablaufs) vorzunehmen. Maßgeblich ist allein, welche von zwei wechselseitigen, sukzessiv erfolgten Kündigungen als Erste auf wirksame Weise das Vertragsverhältnis für die Zukunft beendet hat.)
2. Eine Kündigung seitens des Auftragnehmers gem. § 9 Abs. 2 Satz 1 VOB/B (ebenso wie eine Kündigung seitens des Auftraggebers gem. § 8 Abs. 5 VOB/B) muss grundsätzlich schriftlich erfolgen. Etwas anderes kann nur ausnahmsweise im Einzelfall gelten, wenn die mündliche Kündigung als ausreichende Kündigung - d. h. quasi im Sinne einer einverständlichen Vertragsaufhebung - akzeptiert wird bzw. von einer konkludenten Abbedingung der Schriftform ausgegangen werden kann.
3. Erklärt der Auftraggeber, er sehe die (objektiv zu Recht erfolgte) Anforderung einer Sicherheit gem. § 648a BGB a.F. als "gegenstandslos" an, steht dies einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Sicherheit gleich und begründet zeitgleich (und noch vor Fristablauf) ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.04.2019, Az.: 22 U 62/18; IBR 2019, 417

\*\*\*\*\*

### 5. Folgen einer freien Kündigung?

1. Eine unwirksame außerordentliche Kündigung ist - mangels Vorbehalt bzw. Klarstellung - regelmäßig als freie Kündigung des Auftraggebers auszulegen bzw. dahin umzudeuten.
2. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.04.2019, Az.: 22 U 62/18; IBR 2019, 418

\*\*\*\*\*

## 6. *Sonderkündigungsrecht bei dringendem Verdacht auf Schwarzarbeit*

Der Auftraggeber eines VOB-Bauvertrages hat einen wichtigen Grund zu dessen Kündigung, wenn ein dringender Verdacht auf Schwarzarbeit und einen Verstoß gegen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz besteht, dem der Auftragnehmer auch auf Abmahnung hin nicht entgegentritt etwa dadurch, dass er die erforderlichen Unterlagen vorlegt.

LG Potsdam, Urteil vom 15.02.2019, Az.: 6 O 352/13; NJW-RR 2019, 850 = NZBau 2019, 510 = IBR 2019, 419

\*\*\*\*\*

## VII. **Mängel vor der Abnahme**

### 1. *Mangelbeseitigung unmöglich: Auftraggeber kann zurücktreten!*

1. Der Auftraggeber kann im BGB-Bauvertrag wegen Mängeln bereits vor der Abnahme zurücktreten, wenn feststeht, dass der Mangel nicht beseitigt werden kann.
2. Der fachkundige Auftragnehmer muss den nicht sachkundigen Auftraggeber darüber aufklären, ob das bestellte Werk für den vorgesehenen Zweck tauglich ist und den Bedürfnissen des Auftraggebers entspricht.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2016, Az.: 19 U 134/14; (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.04.2018, Az.: VII ZR 124/16); IBR 2019, 130

\*\*\*\*\*

### 2. *Unwiderrufliche Vollmacht zur Abnahme benachteiligt die Erwerber unangemessen!*

1. Eine Abnahmeklausel im Bauträgervertrag, wonach "die Abnahme des sonstigen Gemeinschaftseigentums und der Garage nach vollständiger Fertigstellung durch den Verwalter und mindestens zwei von der Eigentümerversammlung gewählte Käufer erfolgt und diese Personen vom Käufer unwiderruflich zur Abnahme und Vornahme aller hierzu erforderlichen oder zweckdienlichen Maßnahmen und Erklärungen bevollmächtigt werden", benachteiligt den Erwerber unangemessen und ist unwirksam.
2. Der Bauträger kann sich auf das Fehlen der Abnahme nicht berufen, wenn er diese durch die Verwendung einer unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingung selbst verhindert und den Anschein einer Abnahme erweckt hat.

OLG Nürnberg, Urteil vom 26.04.2018, Az.: 13 U 1908/16; IBR 2019, 319

\*\*\*\*\*

### 3. *Aufforderung zur Mängelbeseitigung + Androhung der Ersatzvornahme = Kündigung!*

1. (...)
3. Im BGB-Bauvertrag stehen dem Auftraggeber Mängelrechte grundsätzlich erst nach Abnahme zu. Das gilt nicht, wenn der Vertrag in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist, weil der Auftraggeber nur noch Schadensersatz fordert.

4. (...)

OLG Celle, Urteil vom 16.07.2018, Az.: 8 U 44/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.01.2019, Az.: VII ZR 158/18); IBR 2019, 544

\*\*\*\*\*

#### 4. Sind Fenster und Rollläden ohne CE-Kennzeichnung mangelhaft?

1. (...)

2. Ein Vorschussanspruch besteht auch vor der Abnahme, wenn der Besteller zunächst Schadensersatz statt der Leistung begehrt und danach ein Abrechnungsverhältnis begründet hat.

3. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 04.09.2018, Az.: 2 U 58/18; BauR 2019, 521 = NJW 2019, 863 = NZBau 2019, 302 = IBR 2018, 622

\*\*\*\*\*

#### 5. Terrassenanlage; Verjährung für Mängelrechte vor der Abnahme

1. Auch eine Terrassenanlage ist ein Bauwerk i.S.v. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.

2. Die Verjährung von Mängelrechten aus § 634 BGB vor der Abnahme beginnt frühestens mit dem Übergang in ein Abrechnungsverhältnis, das zur Geltendmachung dieser Ansprüche vor der Abnahme berechtigt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2019, Az.: 5 U 91/18; BauR 2019, 1616 = NJW 2019, 2944 = NZBau 2019, 775 = IBR 2019, 487

\*\*\*\*\*

#### 6. Beweislastverteilung für Schadensersatzanspruch wegen Baumangel vor Abnahme

1. Werden Mängelrechte vor der Abnahme geltend gemacht, trägt der Unternehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sein Gewerk frei von Mängeln ist. Demgemäß trägt er auch das Risiko des non liquet.

2. Der Besteller, der Mängelrechte vor der Abnahme geltend macht, trägt die Darlegungs- und Beweislast für weitere Anspruchsvoraussetzungen, wie zB die vereinbarte Beschaffenheit, die haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität sowie den Schaden.

3. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2019, Az.: I- 5 U 185/17; NJW-RR 2019, 1039 = NZBau 2019, 649 = ZfBR 2019, 674

\*\*\*\*\*

#### 7. Erfüllungsanspruch verjährt nicht vor Mängelbeseitigungsanspruch!

1. (...)

5. Der auf die Herstellung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch des Auftraggebers verjährt – anders als der Erfüllungsanspruch im Übrigen – nicht früher als der nach Abnahme bestehende Nacherfüllungsanspruch, da mit der Abnahme sich dieser Erfüllungsanspruch in den Nacherfüllungsanspruch umwandelt
6. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 24 U 14/18; NJW 2019, 3240 = NZBau 2019, 709 = ZfBR 2019, 570 = IBR 2019, 425

\*\*\*\*\*

### 8. Befugnis des Wohnungseigentümers zur Ausübung der Minderung - Tiefgaragenplatz

1. Der Besteller kann auch vor der Abnahme wegen eines Werkmangels mindern, weil die Minderungserklärung ein Abrechnungsverhältnis begründet.
2. (...)

OLG Braunschweig, Urteil vom 20.06.2019, Az.: 8 U 62/18; NJW 2019, 3655

\*\*\*\*\*

## VIII. Vergütung/Zahlung

### 1. Allgemein/Fälligkeit

#### 1. Korrektur unzutreffender Rechtsanwendung beim Bauträger

1. Hat ein Bauträger aufgrund der rechtsirrigen Annahme seiner Steuerschuld als Leistungsempfänger von ihm bezogene Bauleistungen nach § 13b UStG versteuert, kann er das Entfallen dieser rechtswidrigen Besteuerung geltend machen, ohne dass es darauf ankommt, dass er einen gegen ihn gerichteten Nachforderungsanspruch des leistenden Unternehmers erfüllt oder die Möglichkeit für eine Aufrechnung durch das FA besteht (Anschluss an das BFH-Urteil vom 27. September 2018 V R 49/17, BStBl II 2019, 109; entgegen BMF-Schreiben vom 26. Juli 2017, BStBl I 2017, 1001, Rz 15a).
2. Sind Bauunternehmer und Leistungsempfänger bei einem vor Erlass des BFH-Urteils vom 22. August 2013 V R 37/10 (BFHE 243, 20, BStBl II 2014, 128) abgeschlossenen und durchgeführten Bauvertrag übereinstimmend von der Steuerschuldnerschaft des Bauträgers ausgegangen und hat der Bauträger die auf die erbrachten Leistungen des Bauunternehmers entfallende Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt, steht dem Bauunternehmer aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung ein Anspruch auf Zahlung des Umsatzsteuerbetrags zu, wenn der Bauträger Erstattung der Steuer verlangt und deshalb für den Bauunternehmer die Gefahr entsteht, wegen der Heranziehung als Steuerschuldner gemäß § 27 Abs. 19 UStG die Umsatzsteuer abführen zu müssen (Anschluss an das BGH-Urteil vom 17. Mai 2018 VII ZR 157/17, HFR 2018, 661).

BFH, Urteil vom 23.01.2019, Az.: XI R 21/17; NZBau 2019, 297 = IBR 2019, 318

\*\*\*\*\*

*2. Nachlass beim EP-Vertrag auf die Auftrags- oder auf die Abrechnungssumme?*

1. Die Frage, ob die Berechnung eines vereinbarten Nachlasses auf die Auftrags- oder die Abrechnungssumme zu erfolgen hat, ist durch eine Auslegung der getroffenen Vereinbarung zu beantworten.
2. Wird ein "pauschaler Nachlass i.H.v. 4%" gewährt und dieser mit einem (abgerundeten) Festbetrag ausgewiesen, bezieht sich der Preisnachlass auf die vereinbarte Auftragssumme.

Kammergericht, Urteil vom 06.11.2015, Az.: 7 U 166/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.09.2018, Az.: VII ZR 276/15); IBR 2019, 245

\*\*\*\*\*

*3. "Frisiertes" gemeinsames Aufmaß ist nicht bindend!*

1. Bei einem gemeinsamen Aufmaß kann eine rechtliche Bindung im Sinne eines Anerkenntnisses eintreten, wenn das Aufmaß von den Vertragsparteien oder den mit rechtsgeschäftlicher Vollmacht ausgestatteten Vertretern genommen wird. Das hat zur Folge, dass eine Vertragspartei später grundsätzlich nicht mehr einwenden kann, dass die tatsächlich ausgeführten Mengen den Feststellungen des gemeinsamen Aufmaßes nicht entsprechen.
2. Ein gemeinsames Aufmaß entfaltet ausnahmsweise keine Bindungswirkung, wenn Angestellte, Bevollmächtigte oder sonstige Vertreter einer Partei im Einverständnis mit dem Vertragsgegner zum eigenen Vorteil "hinter dem Rücken" des Auftraggebers und zu dessen Schaden Vereinbarungen treffen, die gegen die guten Sitten verstoßen und nichtig sind.

Kammergericht, Urteil vom 06.11.2015, Az.: 7 U 166/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.09.2018, Az.: VII ZR 276/15); IBR 2019, 247

\*\*\*\*\*

*4. Anspruch auf üblichen Werklohn oder geringere Pauschalvergütung?*

1. Verlangt der Unternehmer die übliche Vergütung, muss er beweisen, dass eine vom Besteller behauptete Vereinbarung über die Höhe der Vergütung nicht getroffen worden ist. Gelingt ihm das nicht, steht ihm nur der geringere Werklohn zu, der sich aus der behaupteten Preisvereinbarung ergibt.
2. Um den Unternehmer nicht in unüberwindbare Beweisnot zu bringen, sind hohe Anforderungen an die Darlegungslast des Bestellers zu stellen. Behauptet der Besteller eine bestimmte Vergütungsabrede, muss er diese Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe der Vergütung substantiiert darlegen.
3. Sache des Unternehmers ist es dann, die geltend gemachten Umstände zu widerlegen, die für die behauptete Vereinbarung sprechen könnten. An diese Beweisführung sind keine zu strengen Anforderungen zu stellen.

OLG Celle, Beschluss vom 19.07.2018, Az.: 13 U 39/18; IBR 2019, 321

\*\*\*\*\*

## 5. Verjährung von mangelbezogenen Erfüllungsansprüchen erst ab Abnahme

1. (...)
4. Ein Abrechnungsverhältnis entsteht, wenn der Auftraggeber deutlich macht, dass er vom Auftragnehmer endgültig keine weiteren Leistungen mehr erwartet und eine vollständige Abrechnung des Vertragsverhältnisses wünscht, was etwa dann der Fall ist, wenn sich nur noch Restwerklohnanspruch und Minderungs- oder Schadensersatzansprüche gegenüberstehen. Das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung von Mängeln im Wege der Selbstvornahme führt grundsätzlich nicht zu einem Abrechnungsverhältnis, sondern nur dann, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.
5. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 24 U 14/18; NJW 2019, 3240 = NZBau 2019, 709 = ZfBR 2019, 570 = IBR 2019, 425

\*\*\*\*\*

## 6. Exposé kann Leistungssoll bestimmen

1. (...)
2. Auch wenn die Leistung eines Werkunternehmers an einem wesentlichen Mangel leidet, ist sein Vergütungsanspruch ohne Abnahme fällig, wenn die Beseitigung des Mangels unverhältnismäßig wäre. Deshalb ist auch die von einem Bauträger mit einem wesentlichen Mangel errichtete Wohneinheit bezugsfertig, wenn die Beseitigung des Mangels unverhältnismäßig ist.
3. (...)

Kammergericht, Urteil vom 11.06.2019, Az.: 21 U 116/18; BauR 2019, 1660 = IBR 2019, 616

\*\*\*\*\*

## 7. Abgrenzung von Prüfbarkeit und Richtigkeit einer bauvertraglichen Abrechnung

1. Ist dem Auftragnehmer im Rahmen eines vorzeitig beendeten Werkvertrages die Erstellung eines Aufmaßes nicht mehr möglich, genügt er seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen bzw. Hilfstatsachen (z.B. auch Materialaufstellungen, Rückschlüsse aus dem vom Auftraggeber geltend gemachten Fertigstellungsaufwand o.ä.) vorträgt, die dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, ggf. mit Hilfe eines Sachverständigen den Mindestaufwand des Auftragnehmers zur Ausführung der Werkleistungen gemäß § 287 ZPO zu schätzen.
2. (...)
3. Fehlende Prüfbarkeit darf keinesfalls gleichgesetzt werden mit der Frage der tatsächlichen Unrichtigkeit der Abrechnung. Es besteht ein zwingender Vorrang der Klärung der Prüffähigkeit gegenüber der Schlüssigkeits-/Erheblichkeits-/Richtigkeitsprüfung einer Schlussrechnung.

4. Im Zivilprozessrecht führt eine nicht prüfbare Schlussrechnung zur Abweisung einer Klage auf Restwerklohn als (nur) derzeit unbegründet, wobei das Urteil diesen Vorbehalt im Sinne insoweit eingeschränkter Rechtskraft (sei es im Tenor oder sei es zumindest in den Gründen) enthalten muss und damit die Möglichkeit einer erneuten Geltendmachung der Werklohnforderung begründet.
5. Bei einer Klage des Auftraggebers auf Erstattung überzahlter Abschlagszahlungen fehlt der Aufrechnungsforderung des Werkunternehmers bei fehlender Prüfbarkeit seiner Schlussrechnung (nur) die Fälligkeit, so dass der Erstattungsklage des Auftraggebers mit dieser (eingeschränkten) Begründung stattzugeben ist, dem beklagten Werkunternehmer die spätere aktive Geltendmachung seiner Restwerklohnforderung vorbehalten bleibt und § 322 Abs. 2 ZPO insoweit nicht greift.
6. Ein Auftraggeber kann sich nicht (mehr) auf die fehlende Prüfbarkeit einer Schlussrechnung berufen, wenn er sie mit Erfolg geprüft hat und (ggf. mit Sach-/Fachkunde Dritter) in der Lage war, angebliche Unrichtigkeiten der Schlussrechnung aufzuzeigen. Es ist unerheblich, ob der Auftraggeber dabei ggf. „überobligatorisch“ gehandelt und Obliegenheiten des Auftragnehmers erledigt hat.
7. Ist ein Pauschalpreis auf Basis eines Einheitspreisangebots ermittelt worden, ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn sich die anteilige Abrechnung im Rahmen eines vorzeitig beendeten Pauschalvertrages daran orientiert.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.06.2019, Az.: I-22 U 248/18; NJW 2020, 71 = IBR 2019, 481

\*\*\*\*\*

### 8. Auftraggeber ist an bestätigtes Aufmaß nicht gebunden!

Der Auftraggeber ist nicht daran gehindert, die vom Auftragnehmer einseitig ermittelten Massen im Prozess zu bestreiten, auch wenn er zuvor die in der Schlussrechnung abgerechneten Massen durch einen Prüfvermerk bestätigt hat. Allerdings trägt er dann die Beweislast dafür, welche Massen zutreffen.

OLG Dresden, Urteil vom 24.10.2018, Az.: 1 U 601/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 22.05.2019, Az.: VII ZR 241/18); IBR 2019, 662

\*\*\*\*\*

## 2. Abschlagszahlung

### 1. Kein Anspruch auf Abschlagszahlungen nach Schlussrechnungsreife

1. Eine Abschlagsforderung kann nicht mehr verlangt werden, wenn die Bauleistung abgenommen oder ein Abrechnungsverhältnis entstanden ist und die Frist abgelaufen ist, binnen derer der Auftragnehmer gemäß § 14 Nr. 3 VOB/B die Schlussrechnung einzureichen hat.
2. Soweit sich aus der Schlussrechnung ein unstreitiges positives Guthaben ergibt, ist dieses als endgültige Teil-Schlusszahlung (und nicht als Abschlagszahlung im Sinne des § 16 Abs. 1 VOB/B) zu begleichen.
3. Als Gläubiger des Abschlagszahlungsanspruchs hat der Auftragnehmer dessen Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen. Dazu gehört als ungeschriebenes negatives Tatbestandsmerkmal die fehlende Schlussrechnungsreife.



4. Der Auftraggeber muss im Prozess im Rahmen einer sekundären Darlegungslast zur Schlussrechnungsreife vortragen, um dem Auftragnehmer den Vortrag und den Beweis zu ermöglichen, dass mangels Schlussrechnungsreife weiterhin ein Anspruch auf Abschlagszahlung besteht.
5. Abschlags- und Vorauszahlungsforderungen können selbstständig geltend gemacht werden und sind deshalb bis zum Eintritt der Schlussrechnungsreife zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Verzugs vorliegen. Dieser Zinsanspruch bleibt auch nach Eintritt der Schlussrechnungsreife durchsetzbar.
6. Ein umfassender Einwendungsausschluss in AGB, der die Berufung auf die später eingetretene Schlussrechnungsreife und damit den Wegfall der Abzahlungs- bzw. Vorauszahlungsforderung verbieten würde, ist nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Schuldners auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr unwirksam.

OLG Stuttgart, Vorbehaltsurteil vom 12.02.2019, Az.: 10 U 152/18; BauR 2019, 1454 = NJW 2019, 2708 = NZBau 2019, 578 = IBR 2019, 366 = IBR 2019, 480

\*\*\*\*\*

### 3. Verzug

#### 1. *Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr*

Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ist dahin auszulegen, dass der dem Gläubiger nach deren Art. 6 Abs. 1 zustehende Pauschalbetrag von 40 Euro auf den in Art. 6 Abs. 3 dieser Richtlinie vorgesehenen angemessenen Ersatz anzurechnen ist.

EuGH, Beschluss vom 11.04.2019, Az.: C-131/18; NJW 2019, 1933

\*\*\*\*\*

### 4. Kündigung

#### 1. *Aufforderung zur Mängelbeseitigung + Androhung der Ersatzvornahme = Kündigung!*

1. Eine Kündigungserklärung setzt voraus, dass der Erklärende seinen Wunsch zur Vertragsbeendigung eindeutig zum Ausdruck bringt.
2. Wird der Auftragnehmer unter Androhung einer Ersatzvornahme aufgefordert, seine Leistung bis zu einem bestimmten Termin zu demontieren, kann das als Kündigung des Werkvertrags verstanden werden.
3. (...)
4. Wird ein Pauschalpreisvertrag gekündigt, steht dem Auftragnehmer eine Vergütung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen zu. Zur schlüssigen Darlegung dieses Vergütungsanspruchs ist eine Abgrenzung der erbrachten von den nicht erbrachten Leistungen erforderlich.

OLG Celle, Urteil vom 16.07.2018, Az.: 8 U 44/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 23.01.2019, Az.: VII ZR 158/18); IBR 2019, 544

\*\*\*\*\*

## 2. Wie ist der Vergütungsanspruch nach einer "freien" Kündigung darzulegen?

1. Wird der Bauvertrag frei gekündigt, hat der Auftragnehmer Anspruch auf Zahlung des Differenzbetrags zwischen der vereinbarten Vergütung einerseits und den ersparten Aufwendungen sowie dem anderweitigen Erwerb andererseits.
2. Der Auftragnehmer hat zur Darlegung seiner Forderung die ersparten Aufwendungen und den anderweitigen Erwerb darzulegen und zu beziffern. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch Nichtausführung des konkreten Vertrags entfallen sind. Maßgebend sind die Aufwendungen, die sich nach den Vertragsunterlagen unter Berücksichtigung der Kalkulation ergeben. Zur Schlüssigkeit des Anspruchs gehört eine auf den Einzelfall bezogene Abrechnung.
3. Es ergibt sich eine gesteigerte Darlegungslast des Auftragnehmers aus der besonderen Lage des Auftraggebers, dass dieser die zur Beurteilung notwendigen Tatsachen nicht oder nicht zuverlässig kennen kann, weil es sich um Betriebsinterna des Auftragnehmers handelt, die in der Regel nur der Auftragnehmer zu beziffern und zu beschreiben in der Lage ist.
4. Der Auftragnehmer muss über die kalkulatorischen Grundlagen der Abrechnung jedenfalls so viel vortragen, dass dem für höhere ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb darlegungs- und beweisbelasteten Auftraggeber eine sachgerechte Rechtswahrung ermöglicht wird.

OLG Köln, Urteil vom 14.12.2018, Az.: 19 U 27/18; IBR 2019, 126

\*\*\*\*\*

## 3. Folgen einer freien Kündigung?

1. (...)
2. Hinsichtlich des anderweitigen Erwerbs trifft den Auftraggeber grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast, den Auftragnehmer indes eine sekundäre Darlegungslast dazu, ob und gegebenenfalls wie durch einen sog. "Füllauftrag" die kalkulierten Kosten gedeckt worden sind. Je wahrscheinlicher ein anderweitiger Erwerb ist, umso ausführlicher müssen die Angaben sein. Der Auftraggeber kann indes grundsätzlich nicht verlangen, dass der Auftragnehmer von vorneherein seine gesamte Geschäftsstruktur offenlegt, um ihm die Beurteilung zu ermöglichen, welche Aufträge auch ohne die Kündigung akquiriert worden wären.
3. Es muss ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Kündigung des Auftraggebers und einem Ersatzauftrag bestehen, um diesen als sog. "Füllauftrag" bewerten zu können. War der Auftragnehmer in der Lage, neben dem gekündigten Auftrag weitere Aufträge auszuführen, sind diese nicht als sog. "Füllaufträge" anzusehen. Sogenannte "Füllaufträge" können auch vorliegen, wenn sie später als der gekündigte Auftrag ausgeführt werden.
4. Die Anrechnung anderweitigen Erwerbs ist getrennt nach Kostenarten vorzunehmen.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.04.2019, Az.: 22 U 62/18; IBR 2019, 418

\*\*\*\*\*

4. *Bauleitervertrag einvernehmlich aufgehoben: Wie berechnet sich das Resthonorar?*

1. Einigen sich die Parteien eines Werkvertrags über das vorzeitige Ende der Leistungen des Unternehmers, so steht diesem nur die "kleine Kündigungsvergütung" zu, wenn im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung zu Gunsten des Bestellers ein wichtiger Kündigungsgrund verwirklicht war.
2. Die Nichteinhaltung der angemessenen Frist des § 314 Abs. 3 BGB stellt eine Einwendung gegen die Wirksamkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund dar und ist folglich vom Kündigungsgegner darzulegen und zu beweisen.
3. Hat ein Werkunternehmer, der mit der Bauüberwachung beauftragt ist (Bauüberwacher), zur Darlegung seiner Kündigungsvergütung erbrachte von nicht erbrachten Überwachungsleistungen abzugrenzen, kann dies anhand eines zeitlichen Kriteriums geschehen.

Kammergericht, Urteil vom 11.06.2019, Az.: 21 U 142/18; BauR 2020, 147 = NZBau 2020, 24 = IBR 2019, 505

\*\*\*\*\*

**IX. Abnahme**

1. *Beauftragung von Nachfolgegewerken ist keine Teilabnahme!*

1. Teilabnahmen setzen im BGB-Bauvertrag eine entsprechende vertragliche Vereinbarung voraus, die auch konkludent erfolgen kann. Wegen ihrer gravierenden Folgen muss der Wille des Auftraggebers zur Teilabnahme klar zum Ausdruck kommen.
2. Die Beauftragung von Nachfolgegewerken allein lässt nicht den Schluss auf den Willen des Auftraggebers zu, eine Teilabnahme der Leistungen des Auftragnehmers zu erklären. Regelmäßig kann allein dem Weiterbau im Rahmen eines Bauvorhabens kein Erklärungswert beigemessen werden.

BGH, Beschluss vom 07.02.2019, Az.: VII ZR 274/17; BauR 2019, 967 = NJW 2019, 2169 = NZBau 2019, = 295 = ZfBR 2019, 359 = IBR 2019, 250

\*\*\*\*\*

2. *Zulässigkeit einer Feststellungsklage zur Abnahme oder Abnahmereife*

Die Frage, ob eine Abnahmeerklärung nicht erfolgt ist und deshalb die Abnahmewirkungen nicht eingetreten sind, kann gemäß § 256 Abs. 1 ZPO Gegenstand einer negativen Feststellungsklage sein. Gleiches gilt für die Frage, ob die Abnahmewirkungen gemäß § 640 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. nicht eingetreten sind, weil keine Verpflichtung zur Abnahme besteht (Fortführung von BGH, Urteil vom 27. Februar 1996 – X ZR 3/94, BGHZ 132, 96 = BauR 1996, 386).

BGH, Urteil vom 09.05.2019, Az.: VII ZR 154/18; BauR 2019, 1648 = NZBau 2019, 572 = ZfBR 2019, 665 = IBR 2019, 528

\*\*\*\*\*

*3. Leistung wird durch Nutzung abgenommen! Wenn auch erst nach sechs bis acht Wochen*

1. Die Abnahme kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch konkludentes Handeln des Auftraggebers erklärt werden.
2. Konkludent handelt der Auftraggeber, wenn er dem Auftragnehmer gegenüber ohne ausdrückliche Erklärung erkennen lässt, dass er dessen Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt. Ein typischer Sachverhalt, auf den eine konkludente Abnahme gestützt werden kann, ist in dem Einzug und in der Nutzung eines Gebäudes zu sehen.
3. Eine Abnahme durch Nutzung der Leistung setzt voraus, dass der Auftraggeber Gelegenheit hatte, das Werk innerhalb einer angemessenen Frist zu prüfen und zu bewerten. Im Regelfall ist eine Prüfungsfrist von sechs bis acht Wochen angemessen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 11.05.2016, Az.: 5 U 1270/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.09.2018, Az.: VII ZR 146/16); IBR 2019, 64

\*\*\*\*\*

*4. Keine Beurteilung der Abnahmefähigkeit eines Werks auf der Grundlage der Mängelbeseitigungskosten*

1. Vereinbaren die Parteien eines Bauvertrags, dass ein Sachverständiger verbindlich über die Abnahmefähigkeit des Werks entscheiden soll, liegt darin eine Schiedsgutachterabrede im weiteren Sinne. Dies hat zur Folge, dass nach § 319 Abs. 1 Satz 1 BGB die Leistungsbestimmung des Sachverständigen über die Abnahmefähigkeit nur bei offenkundiger Unbilligkeit unverbindlich ist.
2. Auch wenn der Sachverständige die Mängelbeseitigungskosten auf 5.435 Euro brutto schätzt, steht dies der Abnahmefähigkeit nicht entgegen. Auch wenn die Mängelbeseitigungskosten ein maßgebendes Kriterium für Abnahmefähigkeit darstellen, verbietet es sich, feste Beträge von Mängelbeseitigungskosten als Grenze anzusehen, ab der die Wesentlichkeitsschwelle überschritten wird und eine Abnahmefähigkeit ausscheidet. Entscheidend sind vielmehr die gesamten Umstände, insbesondere Art, Umfang und Auswirkungen der Mängel.

OLG Oldenburg, Urteil vom 23.08.2016, Az.: 2 U 27/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 31.07.2018, Az.: VII ZR 246/16); BauR 2019, 989 = IBR 2019, 251

\*\*\*\*\*

*5. Schreibfehler klar erkennbar: Vorbehalt im Abnahmeprotokoll erforderlich!*

Der Auftraggeber verliert seinen Anspruch auf Mängelbeseitigung, wenn er Kenntnis von dem Mangel hat und er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme nicht vorbehält. Bei einem sachkundigen Auftraggeber darf - trotz gebotener Vorsicht und Zurückhaltung - bei einem klar erkennbaren und auch gravierenden Mangel davon ausgegangen werden, dass er den Mangel nicht übersehen haben kann.

Kammergericht, Urteil vom 25.11.2016, Az.: 21 U 31/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 07.11.2018, Az.: VII ZR 310/16); IBR 2019, 309

\*\*\*\*\*

*6. Unwiderrufliche Vollmacht zur Abnahme benachteiligt die Erwerber unangemessen!*

1. Eine Abnahmeklausel im Bauträgervertrag, wonach "die Abnahme des sonstigen Gemeinschaftseigentums und der Garage nach vollständiger Fertigstellung durch den Verwalter und mindestens zwei von der Eigentümerversammlung gewählte Käufer erfolgt und diese Personen vom Käufer unwiderruflich zur Abnahme und Vornahme aller hierzu erforderlichen oder zweckdienlichen Maßnahmen und Erklärungen bevollmächtigt werden", benachteiligt den Erwerber unangemessen und ist unwirksam.
2. Der Bauträger kann sich auf das Fehlen der Abnahme nicht berufen, wenn er diese durch die Verwendung einer unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingung selbst verhindert und den Anschein einer Abnahme erweckt hat.

OLG Nürnberg, Urteil vom 26.04.2018, Az.: 13 U 1908/16; IBR 2019, 319

\*\*\*\*\*

*7. Auf eine vereinbarte förmliche Abnahme kann einvernehmlich verzichtet werden!*

1. Ist eine förmliche Abnahme vereinbart, kann sich der Auftragnehmer zwar im Regelfall nicht auf eine konkludente Abnahme durch den Auftraggeber stützen. Die Parteien können jedoch im Einzelfall auf eine vereinbarte förmliche Abnahme einvernehmlich verzichten.
2. Ein solcher Verzicht kann insbesondere darin liegen, dass der Auftragnehmer die Schlussrechnung stellt und der Auftraggeber die fertige Bauleistung in Benutzung nimmt, ohne dass eine der Parteien dabei deutlich macht, dass sie noch auf die vereinbarte förmliche Abnahme zurückkommen will, wobei unerheblich ist, ob sich die Parteien der Tatsache bewusst waren, dass eine förmliche Abnahme eigentlich vorgesehen war, oder ob sie das nur vergessen haben.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2018, Az.: 22 U 93/18; IBR 2019, 547

\*\*\*\*\*

*8. Feststellung zur Insolvenztabelle als Abnahme der Werkleistung*

1. (...)
3. In der vorbehaltlosen, uneingeschränkten Feststellung einer Werklohnforderung zur Insolvenztabelle kommt auch die Abnahme der Werkleistung zum Ausdruck.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25.02.2019, Az.: 29 U 81/18; NJW 2019, 2332 = NZBau 2019, 584 = IBR 2019, 372

\*\*\*\*\*

*9. Verjährung von mangelbezogenen Erfüllungsansprüchen erst ab Abnahme*

1. Die Vereinbarung einer förmlichen Abnahme schließt eine fiktive und eine konkludente Abnahme aus.
2. Die Bauvertragsparteien können auch konkludent auf die vereinbarte förmliche Abnahme verzichten. Ein stillschweigender Verzicht des Bestellers liegt fern, wenn dieser eine Vielzahl von Mängeln gerügt und der Bauunternehmer nur die Beseitigung eines Teils der Mängel mitgeteilt hat.

3. Übersendet der Auftragnehmer die Schlussrechnung an den Auftraggeber, ohne die förmliche Abnahme zu fordern, und tritt der Auftraggeber erst mehrere Monate nach Erhalt der Schlussrechnung in die Rechnungsprüfung ein, ohne auf die unterbliebene förmliche Abnahme einzugehen, kann hierin eventuell die konkludente Erklärung der Parteien zu sehen sein, von der vereinbarten förmlichen Abnahme abzu- sehen.
4. Ein Abrechnungsverhältnis entsteht, wenn der Auftraggeber deutlich macht, dass er vom Auftragnehmer endgültig keine weiteren Leistungen mehr erwartet und eine vollständige Abrechnung des Vertragsverhältnisses wünscht, was etwa dann der Fall ist, wenn sich nur noch Restwerklohnanspruch und Minderungs- oder Schadensersatzansprüche gegenüberstehen. Das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung von Mängeln im Wege der Selbstvornahme führt grundsätzlich nicht zu einem Abrechnungsverhältnis, sondern nur dann, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.
5. (...)
6. Unwesentlich ist ein Mangel, wenn er an Bedeutung so weit zurücktritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor vollzogener Abnahme bieten (OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.5.1997 – 22 U 232/96 - zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 4) und ihm deswegen zugemutet werden kann, letztlich auf Gewährleistungsansprüche verwiesen zu sein (vgl. Havers, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 12 VOB/B Rn. 85). Bei der gebotenen engen Auslegung ist ein Mangel demgegenüber nicht als unwesentlich anzusehen, wenn dieser auf die Gebrauchsfähigkeit oder die Sicherheit des Werks Einfluss haben kann (vgl. OLG Köln, Ur. v. 26.2.2015 – I-24 U 111/14 – zitiert nach juris; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 Rn. 22). Liegen mehrere Mängel vor, die jeweils für sich betrachtet nicht schwerwiegend sind, kann sich aus der Summe der Mängel gleichwohl ergeben, dass der Auftraggeber nicht mehr verpflichtet ist, die Leistung abzunehmen (vgl. KG, Ur. v. 22.2.1984 – 24 U 5685/83 – zitiert nach juris).

OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 24 U 14/18; NJW 2019, 3240 = NZBau 2019, 709 = ZfBR 2019, 570 = IBR 2019, 371 = IBR 2019, 374 = IBR 2019, 425

\*\*\*\*\*

### *10. Heizung sieben Wochen in Betrieb: Leistung abgenommen!*

Die Leistung des Auftragnehmers wird durch schlüssiges Verhalten abgenommen, wenn sie abnahmereif ist, der Auftraggeber ohne Beanstandung die Nutzung aufgenommen hat und ein angemessener Prüfungszeitraum verstrichen ist. Bei einer Heizungsanlage stellen sieben Wochen im Winter eine ausreichende Zeitspanne dar, innerhalb derer eine gründliche Überprüfung der Funktionstauglichkeit möglich ist.

OLG München, Urteil vom 08.05.2019, Az.: 20 U 124/19 Bau; IBR 2019, 546

\*\*\*\*\*

*11. Exposé kann Leistungssoll bestimmen*

1. (...)
2. Auch wenn die Leistung eines Werkunternehmers an einem wesentlichen Mangel leidet, ist sein Vergütungsanspruch ohne Abnahme fällig, wenn die Beseitigung des Mangels unverhältnismäßig wäre. Deshalb ist auch die von einem Bauträger mit einem wesentlichen Mangel errichtete Wohneinheit bezugsfertig, wenn die Beseitigung des Mangels unverhältnismäßig ist.
3. (...)

Kammergericht, Urteil vom 11.06.2019, Az.: 21 U 116/18; BauR 2019, 1660 = IBR 2019, 616

**X. Bauverzögerung/Vertragsstrafe**

*1. Grundsätzlich keine abstrakte Nutzungsausfallentschädigung bei Beschädigung von Baufahrzeugen*

1. Lassen sich bei dem vorübergehenden Entzug der Gebrauchsmöglichkeit eines ausschließlich gewerblich genutzten Fahrzeugs die materiellen Auswirkungen des Ausfalls des Fahrzeugs quantifizieren, kann eine (abstrakte) Nutzungsausfallentschädigung nicht verlangt werden. Das gilt unabhängig davon, ob das ausgefallene Fahrzeug unmittelbar der Gewinnerzielung dient, weil der Ertrag allein mit Transportleistungen erzielt wird, oder nur mittelbar, nämlich zur Unterstützung einer anderen gewerblichen Tätigkeit eingesetzt wird.
2. Der Betriebsbereitschaft eines ausschließlich gewerblich genutzten Fahrzeugs, also seiner ständigen Verfügbarkeit und Einsatzfähigkeit, kommt kein eigenständiger Vermögenswert zu, weshalb der vorübergehende Entzug der Gebrauchsmöglichkeit als solcher kein Schaden ist. Der Geschädigte kann für die Gebrauchsentbehrung - unabhängig vom Eintritt eines Erwerbsschadens oder darüber hinaus - keine (abstrakte oder an den Vorhaltekosten orientierte) Nutzungsausfallentschädigung verlangen.
3. Die Rechtsprechung, wonach die infolge eines zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignisses entfallende Möglichkeit des Geschädigten, private, eigenwirtschaftlich genutzte Sachen oder Güter plangemäß verwenden oder nutzen zu können, einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen kann, ohne dass hierdurch zusätzliche Kosten entstanden oder Einnahmen entgangen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Juli 1986, GSZ 1/86, BGHZ 98, 212), ist auf die Nutzung von Sachen oder Gütern, die ausschließlich erwerbswirtschaftlich genutzt werden, nicht übertragbar.

BGH, Urteil vom 06.12.2018, Az.: VII ZR 285/17; BGHZ 220, 270 = BauR 2019, 659 = ZfBR 2019, 258 = IBR 2019, 140

\*\*\*\*\*

*2. Zeitplan komplett umgeworfen: Vertragsstrafe entfällt!*

Kommt es bei einem Ausführungszeitraum von nur zwei Wochen bei Vertragsabschluss und während der Ausführung zu nicht vom Auftragnehmer zu vertretenden Verzögerungen, ist der gesamte Zeitplan umgeworfen mit der Folge, dass eine vereinbarte Vertragsstrafe ganz entfällt.

OLG München, Beschluss vom 29.02.2016, Az.: 28 U 3609/15 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 25.04.2018, Az.: VII ZR 65/16); IBR 2019, 308

\*\*\*\*\*

### 3. *Keine Entschädigung ohne Dokumentation!*

1. Macht der Auftragnehmer einen Anspruch auf Entschädigung wegen Annahmeverzugs des Auftraggebers gem. § 642 BGB geltend, hat er im Einzelnen konkret darzulegen, dass die Mehrkosten auf einer vom Auftraggeber zu verantwortenden Bauzeitverlängerung beruhen.
2. Demjenigen Auftragnehmer, der sich durch Obliegenheitsverletzungen des Auftraggebers behindert fühlt, ist es zuzumuten, eine aussagekräftige Dokumentation zu erstellen, aus der sich die Behinderung sowie deren Dauer und Umfang ergibt. Die Behinderung ist die Grundlage der Haftung aus § 642 BGB.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 07.06.2016, Az.: 23 U 149/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 07.11.2018, Az.: VII ZR 180/16); IBR 2019, 482

\*\*\*\*\*

### 4. *Schadensersatz wegen fehlender Aufzugskapazitäten?*

1. Ein Schadensersatzanspruch wegen fehlender Aufzugskapazitäten und dadurch bedingter Wartezeiten setzt voraus, dass dem Auftragnehmer entweder entsprechende Kapazitäten zugesagt wurden oder bestimmte Aufzugsverfügbarkeiten bei vergleichbaren Bauvorhaben erforderlich und deshalb zu erwarten sind.
2. Macht der Auftragnehmer Mehrkosten aufgrund von Behinderungen durch Wartezeiten geltend, muss er darlegen, dass die Behinderungen zu einer Verzögerung des Gesamtablaufs und einem daraus resultierenden Verzögerungsschaden geführt haben.
3. Die Darlegung von Mehrkosten infolge der durch den Leistungsverzug des Auftraggebers bedingten Behinderung erfordert, dass der Auftragnehmer vorträgt, welche Kosten er ohne den Verzug gehabt hätte und inwieweit diese Kosten infolge der Behinderung gestiegen sind. Mehrkosten können nur durch einen Vergleich dieser beiden Faktoren ermittelt werden.
4. Auch wenn im BGB-Vertrag keine Behinderungsanzeige erforderlich ist, wird der Anspruch des Auftragnehmers auf Ersatz behinderungsbedingter Mehrkosten um einen Mitverschuldensanteil gekürzt, wenn er dem Auftraggeber keine Behinderung angezeigt hat.

OLG Hamm, Urteil vom 09.03.2017, Az.: 24 U 32/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.12.2018, Az.: VII ZR 85/17); IBR 2019, 370

\*\*\*\*\*

### 5. *Verschiebung des Ausführungszeitraums führt nicht zum Entfall der Vertragsstrafe!*

1. Eine vom Auftraggeber vorformulierte Vertragsstrafenklausel ist keine Allgemeine Geschäftsbedingung, wenn die Mehrfachverwendung nicht beabsichtigt ist.



2. Die Vereinbarung einer der Höhe nach nicht begrenzten Vertragsstrafe in einer Individualvereinbarung verstößt weder gegen die guten Sitten noch gegen Treu und Glauben.
3. Die verzögerte Fertigstellung einer Vorleistung und die dadurch bedingte Verschiebung des Ausführungszeitraums macht keine komplette Neuordnung des Bauablaufs erforderlich und führt nicht zum Entfall der Vertragsstrafe.

OLG Schleswig, Urteil vom 03.11.2017, Az.: 1 U 1/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.09.2018, Az.: VII ZR 262/17); IBR 2019, 10

\*\*\*\*\*

#### 6. Auftraggeber nicht in Verzug gesetzt: Kein Anspruch auf Entschädigung!

1. Dem Auftragnehmer steht kein Anspruch auf Entschädigung aus § 642 BGB zu, wenn er den Auftraggeber nicht dadurch in Annahmeverzug setzt, dass er dem Auftraggeber seine Leistung (erfolglos) wie vereinbart anbietet.
2. (...)

OLG München, Urteil vom 25.10.2018, Az.: 23 U 73/18; IBR 2019, 483

\*\*\*\*\*

#### 7. „Fertigstellung“ als Anknüpfungspunkt für Vertragsstrafe

1. Für die Verwirkung einer Vertragsstrafe spielt es keine Rolle, ob der Auftragnehmer eine Behinderung wegen der Erteilung eines Nachtragsauftrages angezeigt hat. Der Auftragnehmer kann sich auf die infolge des Nachtragsauftrages eingetretenen Verlängerung der Fertigstellungsfrist jedenfalls unter dem Gesichtspunkt fehlenden Verschuldens berufen.
2. War mit dem zunächst vereinbarten Fertigstellungstermin die für die Leistung nach dem Kalender bestimmte Zeit entfallen, so bedarf es, um einen für die Verwirkung der Vertragsstrafe erforderlichen Verzug zu begründen, unabhängig von der Dauer der Verlängerung des Leistungszeitraums jedenfalls einer Mahnung.
3. Der Begriff der Fertigstellung als maßgebliches Kriterium für die Verwirkung der Vertragsstrafe ist – ebenso wie im Rahmen der Regelungen des § 640 Abs. 2 BGB – [jedenfalls im Rahmen einer verweenderfeindlichen Auslegung einer diesbezüglichen Klausel] dahin zu verstehen, dass die vertraglich vereinbarten (Haupt-)Leistungen erbracht sind, unabhängig davon, ob sie mit (auch wesentlichen) Mängeln behaftet sind und ob noch Nebenleistungen ausstehen.
4. Kann der Auftragnehmer aufgrund eines Nachtragsauftrages die vereinbarte Gesamtfertigstellungsfrist nicht einhalten, verlängert sich insoweit gemäß § 6 Nr. 2 Abs. 1 a) VOB/B a.F. die Fertigstellungsfrist aufgrund eines im Verantwortungsbereich der Beklagten liegenden Umstandes. Für einen geltend gemachten Vertragsstrafenanspruch spielt es auch keine Rolle, dass der Auftragnehmer eine Behinderung wegen der Erteilung des Nachtragsauftrages nicht angezeigt hat. Das Unterlassen einer Behinderungsanzeige ändert nichts daran, dass der Auftragnehmer sich auf die infolge des Nachtragsauftrages eingetretene Verlängerung der Fertigstellungsfrist im Hinblick auf die Verwirkung der Vertragsstrafe jedenfalls unter dem Gesichtspunkt fehlenden Verschuldens berufen kann.

5. Eine mögliche Kumulierung von Einzelvertragsstrafen von 0,2% der Bruttoauftragssumme je Kalendertag, die bereits bei relativ geringfügiger Überschreitung eines der vereinbarten Fertigstellungstermine (hier vereinbart zu mehreren Zwischen- und dem Gesamtfertigstellungstermin) zu einer Verwirkung der gesamten Vertragsstrafe von 5% der Bruttoauftragssumme führen könnte, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist deshalb unwirksam. Die Vertragsstrafe für die Überschreitung des (Gesamt-)fertigstellungstermins stellt jedoch nach der Vertragsgestaltung eine eigenständige Regelung dar, die inhaltlich, optisch und sprachlich von der Vertragsstrafe für die Überschreitung der anderen aufgeführten Termine trennbar und aus sich heraus verständlich ist, so dass die Voraussetzungen vorliegen, nach denen ein Klauselteil einer eigenen Inhaltskontrolle unterzogen werden kann. Isoliert betrachtet, hält die Klausel, soweit sie an die Überschreitung des (Gesamt-)fertigstellungstermins anknüpft, einer solchen Kontrolle stand.

(...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 09.11.2018, 4 U 49/16; BauR 2019, 677 = NJW 2019, 939 = NZBau 2019, 366 = IBR 2019, 125

\*\*\*\*\*

### 8. *Kein Verzug wegen Verzögerungen aufgrund verspäteten Nachtragsauftrags*

1. (...)
2. Die auf der verspäteten Annahme eines berechtigten Nachtragsangebotes beruhende Überschreitung der Frist zur Fertigstellung hat der Auftragnehmer nicht zu vertreten.
3. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.11.2018, Az.: 4 U 19/18; BauR 2019, 1461 = NJW-RR 2019, 136 = NZBau 2019, 101 = IBR 2019, 180

\*\*\*\*\*

### 9. *Vertragsstrafe auf Zwischentermine muss auf anteiligen Auftragswert begrenzt werden!*

Eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags enthaltene Vertragsstrafenregelung, die für die schuldhafte Überschreitung einer Vertragsfrist oder mehrerer Vertragsfristen eine Vertragsstrafe i.H.v. 0,2% der Netto-Schlussrechnungssumme pro Werktag und eine Begrenzung auf höchstens 5% der Netto-Schlussrechnungssumme festlegt, ist unwirksam.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018, Az.: 8 U 55/17; BauR 2019, 1937 = NJW 2019, 2098 = NZBau 2019, 370 = IBR 2019, 185

\*\*\*\*\*

### 10. *Umsatznachteil durch Annahmeverzug des Bestellers*

1. Kann ein Werkunternehmer während des Annahmeverzugs des Bestellers die Vergütung aus dem gestörten Werkvertrag nicht wie vorgesehen erwirtschaften, steht ihm für diesen Umsatznachteil keine Entschädigung aus § 642 BGB zu.

2. Begehrt ein Werkunternehmer Entschädigung für den Vorhalt von Arbeitskräften während dieses Annahmeverzugs, so hat er darzulegen und ggf. zu beweisen, dass er die Arbeitskräfte im fraglichen Zeitraum nicht anderweitig einsetzen konnte.
3. Auch wenn die VOB/B von einer Vertragspartei ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen und die Kontrolle daher gemäß § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB eingeschränkt ist, ist sie gemäß § 305c Abs. 2 BGB verwenderfeindlich auszulegen.
4. Zeigt der Besteller dem Unternehmer die Umstände an, die seinen Annahmeverzug begründen, so liegt in einer solchen Verzugsmitteilung in aller Regel eine Leistungsänderung gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B, sodass dem Unternehmer ein Mehrvergütungsanspruch nach dieser Vorschrift zustehen kann.
5. In diesem Fall besteht der Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 VOB/B neben demjenigen aus § 642 BGB. Im Unterschied zu § 642 BGB gewährt er auch eine Mehrvergütung für annahmeverzugsbedingte Kostensteigerungen.
6. Ein Bauvertrag begründet im Grundsatz keine terminbezogenen Pflichten des Bestellers, auch wenn die Parteien Vertragsfristen vereinbart haben (vergleiche BGH, Urteil vom 21. Oktober 1999, VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32). In diesem Fall ist die Mitwirkung des Bestellers zur Einhaltung von Ausführungsfristen generell nicht als vertragliche (Neben-)Pflicht, sondern nur als Obliegenheit ausgestaltet, sodass dem Unternehmer bei Störungen des Bauablaufs keine Ansprüche aus § 6 Abs. 6 VOB/B oder §§ 280, 286 BGB zustehen.

Kammergericht, Urteil vom 29.01.2019, Az.: 21 U 122/18; BauR 2019, 823 = NJW 2019, 2413 = NZBau 2019, 637 = ZfBR 2019, 365 = IBR 2019, 122 = IBR 2019, 123 = IBR 2019, 124

\*\*\*\*\*

### 11. *Unkalkulierbare Risiken übernommen: Kein Anspruch auf Mehrvergütung!*

1. (...)
2. Unabhängig von einer Verknüpfung des Anspruchs auf Anpassung des Terminplans und dem vertraglichen Mehrkostenerstattungsanspruch ist mit der Ablehnung der Beklagten, den Terminplan aufgrund der Witterungsverhältnisse anzupassen, eine - auch nur konkludent erklärte - Beschleunigungsanordnung vorliegend nicht zu bejahen.
3. (...)

OLG München, Urteil vom 12.02.2019, Az.: 9 U 728/18 Bau; BauR 2019, 1156 = ZfBR 2019, 462 = IBR 2019, 243

\*\*\*\*\*

### 12. *Zuschlagsschreiben mit neuen Vertragsterminen: Ohne Zustimmung kein Vertrag!*

1. Nimmt der Auftraggeber ein Angebot unter ausdrücklicher Bestimmung modifizierter Ausführungsfristen an, liegt darin eine Ablehnung des Bieterangebots, verbunden mit dem Angebot auf Abschluss eines anderen Bauvertrags.
2. Erklärt der Bieter nicht ausdrücklich die Annahme dieses Angebots, kommt kein wirksamer Bauvertrag zu Stande.

3. Die Erteilung des Zuschlags unter Abänderung der Vertragsbedingungen oder Vertragsfristen ist vergaberechtswidrig.

OLG Naumburg, Urteil vom 07.06.2019, Az.: 7 U 69/18; IBR 2019, 687

\*\*\*\*\*

### *13. Verstoß gegen Tariftreuegesetz: Auftragnehmer muss keine Vertragsstrafe zahlen!*

1. Die Bestrafung des Auftragnehmers ist nicht Aufgabe des Zivilrechts. Ist ausgeschlossen, dass dem Auftraggeber aufgrund eines Verstoßes des Auftragnehmers gegen Vorschriften des Tariftreue- und Vergabegesetzes ein Schaden entsteht, kann ein solches Fehlverhalten nicht mit einer Vertragsstrafe belegt werden.
2. Die Kumulierung einzelner Vertragsstrafen ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur wirksam, wenn sie eine vertretbare Höhe aufweisen und betragsmäßig angemessen nach oben begrenzt werden (hier verneint).
3. Eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafenregelung benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

LG Köln, Urteil vom 22.10.2018, Az.: 18 O 33/18; IBR 2019, 186

\*\*\*\*\*

## **XI. Gewährleistung**

### **1. Mangel einer Bauleistung**

#### *1. Öffentliche Äußerungen des Verkäufers und abweichende Beschaffenheitsvereinbarung; negative Beschaffenheitsvereinbarung; Umfang des allgemeinen Haftungsausschlusses*

1. Öffentliche Äußerungen vor Vertragsschluss bestimmen die Eigenschaft einer Sache, die der Käufer erwarten kann, nicht, wenn und soweit die Vertragsparteien eine abweichende Beschaffenheit des Kaufobjekts vereinbart haben.
2. Regeln die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, liegt darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.
3. Ein allgemeiner Haftungsausschluss erfasst auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks (Bestätigung u.a. von Senat, Urteil vom 22. April 2016 – V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rn. 12).

BGH, Urteil vom 25.01.2019, Az.: V ZR 38/18; BauR 2019, 1445 = NJW 2019, 2380

\*\*\*\*\*

#### *2. Beweislastentscheidung bei Verweigerung gegebenenfalls unnötiger Bauteilöffnung*

1. (...)
2. Zur vereinbarten Beschaffenheit im Sinne des § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB gehören alle Eigenschaften, die nach der Vereinbarung den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführen sollen. Die Wasserundurchlässigkeit der Terrasse ist Bestandteil der

vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung, wenn der Auftragnehmer die Abdichtung der Terrasse, also die Herbeiführung eines Zustands, der ausschließt, dass (Regen-)Wasser über die Terrasse oder durch sie hindurch in das Gebäude eindringt, schuldet.

BGH, Urteil vom 07.02.2019, Az.: VII ZR 274/17; BauR 2019, 967 = NJW 2019, 2169 = NZBau 2019, 295 = ZfBR 2019, 359 = IBR 2019, 354

\*\*\*\*\*

### 3. *Abgrenzung Beschaffenheitsvereinbarung und vorausgesetzte Verwendung (Funktionalitätserwartung)*

Mit der "nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung" zielt das Gesetz nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache ab, die sich der Käufer vorstellt, sondern darauf, ob die Sache für die Nutzungsart (Einsatzzweck) geeignet ist, den die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben.

BGH, Urteil vom 20.03.2019, Az.: VIII ZR 213/18; BauR 2019, 1149 = NJW 2019, 1937 = IBR 2019, 348

\*\*\*\*\*

### 4. *Neueindeckung nicht erforderlich: Auftragnehmer muss Mängelbeseitigungskosten trotzdem tragen!*

1. Der Auftragnehmer ist auch dann für einen Baumangel verantwortlich, wenn die Mängelbeseitigung nicht nur wegen Ausführungsmängeln vorgenommen wurde, sondern auch aufgrund einer Anordnung der Baubehörde (sog. "Doppelkausalität").
2. (...)

OLG Celle, Urteil vom 12.05.2016, Az.: 16 U 131/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.09.2018, Az.: VII ZR 156/16); BauR 2019, 685 = IBR 2019, 15

\*\*\*\*\*

### 5. *Reichweite einer Mängelanzeige?*

1. Mit "Farbabschürfungen ausbessern" ist ein Mangel ausreichend benannt. Eine vermutete Ursache muss nicht angegeben werden.
2. Mit einer solchen Anzeige werden alle Ansprüche wegen dieses Mangelsymptoms erfasst, auch wenn sie auf einer unerkannten Ursache beruhen, etwa auf einer regelwidrigen Einputzung.
3. Die Mängelanzeige erfasst dann auch all die Rollläden, die den tatsächlichen Mangel aufweisen, also regelwidrig eingeputzt sind, selbst wenn sie das in der Mängelanzeige angegebene Erscheinungsbild nicht aufweisen, also keine "Farbabschürfungen" haben.
4. Mit der Rüge eines Mangels werden auch alle anderen Mängel, die auf derselben Mangelursache beruhen, aber an anderen Stellen auftreten, erfasst.

OLG Stuttgart, Urteil vom 23.11.2016, Az.: 3 U 65/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.11.2018, Az.: VII ZR 35/17); BauR 2019, 1787 = IBR 2019, 420

\*\*\*\*\*

#### 6. *Mängelhaftung ist verschuldensunabhängig!*

1. Der Auftragnehmer ist dafür verantwortlich, dass das Werk nicht mit Fehlern behaftet ist, die seine Tauglichkeit aufheben oder mindern.
2. Inwieweit ein Mangel des Werks vorliegt, hängt nicht davon ab, ob der Auftragnehmer aufgrund der ihm zugänglichen fachlichen Informationen darauf vertrauen konnte, dass die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit durch seine Leistung erfüllt wird. Die davon abweichende Leistung ist auch dann mangelhaft, wenn ihn kein Verschulden trifft, etwa weil die Ausführung den für diese Zeit anerkannten Regeln der Technik entspricht.
3. Wird der Auftragnehmer mit dem Bau eines Autobahnabschnitts beauftragt, schuldet er die Errichtung eines rissfreien Gewerks, das ein jahrelanges sanierungsfreies, problemloses Befahren der beauftragten Streckenabschnitte ermöglicht.

OLG München, Urteil vom 27.02.2018, Az.: 9 U 3595/16; IBR 2019, 129

\*\*\*\*\*

#### 7. *Trotz fachwidriger Bauweise: "Bekannt und bewährt" schlägt DIN-Norm!*

1. Allein aus dem Umstand, dass eine Abweichung von der einschlägigen DIN-Norm vorliegt und insoweit ein Mangel gegeben ist, folgt nicht zwangsläufig die Erforderlichkeit eines Abbruchs.
2. Der Auftraggeber kann trotz einer Abweichung von den geltenden DIN-Normen keine Mängelansprüche geltend machen, wenn die vom Auftragnehmer gewählte Ausführungsart ortsüblich bekannt ist und noch nie zu Beanstandungen geführt hat.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.04.2018, Az.: 23 U 6/17; IBR 2019, 68

\*\*\*\*\*

#### 8. *Unwirksamkeit einer von einem nicht wirksam bestellten Erstverwalter erklärten Abnahme*

1. (...)
3. Preist der Bauträger im Verkaufsprospekt die Wohnanlage als "Stadtwohnung der Spitzenklasse mit anspruchsvoller Architektur" an, dürfen die Erwerber davon ausgehen, dass die Wohnungen über mehr als den Mindestschallschutz verfügen.
4. (...)

OLG München, Urteil vom 24.04.2018, Az.: 28 U 3042/17 Bau; BauR 2019, 530 = IBR 2018, 392

\*\*\*\*\*

*9. Sind Fenster und Rollläden ohne CE-Kennzeichnung mangelhaft?*

Das Fehlen der CE-Kennzeichnung an Fenstern und Rollläden allein rechtfertigt nicht die Annahme einer mangelhaften Leistung des Fensterbauers.

OLG Oldenburg, Urteil vom 04.09.2018, Az.: 2 U 58/18; BauR 2019, 521 = NJW 2019, 863 = NZBau 2019, 302 = IBR 2018, 622

\*\*\*\*\*

*10. Vorschuss muss nicht centgenau bemessen werden!*

1. Ein Werkmangel liegt nicht vor, wenn der Auftragnehmer bei der Erstellung des Werks die Herstellervorgaben eingehalten hat und die allgemein anerkannten Regeln der Technik keine höheren Anforderungen an das Werk stellen.
2. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 09.11.2018, Az. 12 U 20/18, BauR 2019, 682 = IBR 2019, 69

\*\*\*\*\*

*11. Mängelbeseitigung nach Abnahme: Welche Regeln der Technik sind einzuhalten?*

1. Die Herstellung eines Zustandes, der einer fortgeltenden Baugenehmigung entspricht, begründet kein Leistungsverweigerungsrecht für die Mängelbeseitigung, selbst wenn sich die technischen Regeln zwischenzeitlich verändert haben.
2. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 01.02.2019, Az.: 1 U 42/18; BauR 2019, 1796 = IBR 2019, 189

\*\*\*\*\*

*12. Beweislastverteilung für Schadensersatzanspruch wegen Baumangel vor Abnahme*

1. (...)
3. Bei Unterfangungsarbeiten ist immer mit Rissbildungen im Altbaubestand zu rechnen. Daher kann kein Erfahrungssatz formuliert werden, wonach im engen zeitlichen Zusammenhang mit Unterfangungsarbeiten beobachtete Risse im Nachbarhaus zwingend im Sinne eines Anscheinsbeweises auf Mängel der Unterfangungsarbeiten hindeuten.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2019, Az.: I- 5 U 185/17; NJW-RR 2019, 1039 = NZBau 2019, 649 = ZfBR 2019, 674 = IBR 2019, 488

\*\*\*\*\*

*13. DIN-Normen nicht zwingend anerkannte Regeln der Technik*

1. Die Herstellung eines Zustandes, der einer fortgeltenden Baugenehmigung entspricht, begründet kein Leistungsverweigerungsrecht für die Mängelbeseitigung, selbst wenn sich die technischen Regeln zwischenzeitlich verändert haben.
2. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2019, Az.: 12 U 73/18; BauR 2020, 111 = NJW 2019, 3791 = ZfBR 2019, 783

\*\*\*\*\*

## 2. Leistungsverweigerungsrecht/Aufrechnung

### 1. *Zahlung kann nicht von der Beseitigung sämtlicher Mängel abhängig gemacht werden!*

Eine Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgers, wonach der Anspruch des Auftragnehmers auf Zahlung der Schlussrechnungsforderung erst nach Beseitigung sämtlicher Mängel fällig wird, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG Frankfurt, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 12 U 174/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.12.2018, Az.: VII ZR 299/16); IBR 2019, 364

\*\*\*\*\*

### 2. *„Fertigstellung“ als Anknüpfungspunkt für Vertragsstrafe*

1. (...)

5. Auf das Fehlen einer Bedienungsanleitung zu einem Bauteil kann kein Vorschussanspruch gestützt werden, wenn sie im Internet heruntergeladen werden kann.

OLG Brandenburg, Urteil vom 09.11.2018, Az.: 4 U 49/16; BauR 2019, 677 = NJW 2019, 939 = NZBau 2019, 366 = IBR 2019, 125

\*\*\*\*\*

### 3. *VOB-Vertrag: Einrede des nichterfüllten Vertrags wegen Sachmängeln bei Nichtleistung der Bauhandwerkersicherung; Kürzung des Werklohnanspruchs um die Mangelbeseitigungskosten bei fehlerhafter Annahme eines Abrechnungsverhältnisses; Ausschluss der Abnahmefiktion*

1. (...)

2. Hat das Erstgericht den Werklohnanspruch des Unternehmers unter der fehlerhaften Annahme, es sei ein Abrechnungsverhältnis zwischen den Bauvertragsparteien entstanden, um die (mutmaßlich) anfallenden Mangelbeseitigungskosten gekürzt, ist es dem Besteller auch dann nicht - nach den Grundsätzen von Treu und Glauben - verwehrt, sich in der zweiten Instanz (weiterhin) auf sein Leistungsverweigerungsrecht wegen vorhandener Sachmängel zu berufen, wenn der Unternehmer seinerseits kein (Anschluss-)Rechtsmittel einlegt und die Kürzung seines Werklohnanspruchs deshalb rechtskräftig wird.

3. (...)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018, Az.: 8 U 55/17; BauR 2019, 1937 = NJW 2019, 2098 = NZBau 2019, 370

\*\*\*\*\*



### 3. Nacherfüllung

#### 1. *Vertragsorientierte Mängelbeseitigungspflicht*

Eine Mängelbeseitigung, die nicht den vertraglich geschuldeten Erfolg herbeiführt, muss der Besteller grundsätzlich nicht akzeptieren. Der Besteller muss sich nicht darauf verweisen lassen, dass der durch eine nicht vertragsgemäße Nachbesserung verbleibende Minderwert durch einen Minderungsbetrag abgegolten wird.

BGH, Beschluss vom 10.10.2018, Az.: VII ZR 229/17; BauR 2019, 255 = ZfBR 2019, 142 = IBR 2019, 12

\*\*\*\*\*

#### 2. *Wann ist die Mängelbeseitigung im Straßenbau unverhältnismäßig?*

1. Verlangt der Auftraggeber nach Abnahme der Leistung die Beseitigung eines Mangels und muss er sich an deren Kosten beteiligen, kann der nachbesserungsbereite Auftragnehmer vorweg weder Zahlung noch Zusage eines Kostenzuschusses verlangen, sondern lediglich Sicherheitsleistung in angemessener Höhe.
2. Der Auftragnehmer kann die Mängelbeseitigung verweigern, wenn einem objektiv geringen Interesse an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht.
3. Birgt die Mangelhaftigkeit eines Straßenbelags das Risiko einer nachhaltigen Funktionsbeeinträchtigung, besteht grundsätzlich ein objektiv berechtigtes Interesse des Auftraggebers an einer Mängelbeseitigung.
4. Erreicht knapp die Hälfte des Straßenbelags deutlich vor dem Ende der üblichen Nutzungsdauer den sog. "Warnwert", ist die Nachbesserung des gesamten Straßenbelags nicht unverhältnismäßig.

OLG München, Urteil vom 27.02.2018, Az.: 9 U 3595/16 Bau; IBR 2019, 191

\*\*\*\*\*

#### 3. *Öffentlicher Straßenraum muss hinzugekauft werden: Mängelbeseitigung unmöglich?*

Der Mängelbeseitigungsanspruch des Auftraggebers entfällt nicht wegen Unmöglichkeit, wenn die derzeitige Rechtslage die Mängelbeseitigung zwar nicht erlaubt, die dafür erforderlichen Voraussetzungen aber noch hergestellt werden können. Etwas anderes gilt, wenn feststeht, dass Dritte, die an der Herstellung der erforderlichen Rechtslage mitwirken müssen, sich dem aller Voraussicht nach verweigern werden.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.09.2018, Az.: 14 U 186/16; IBR 2019, 605

\*\*\*\*\*

#### 4. *DIN-Norm nach Abnahme geändert: Kann die Mängelbeseitigung verweigert werden?*

1. Die Nacherfüllung einer Bauwerksleistung kann wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert werden, wenn der Mangel keine störende Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs verursacht und nur aufwändig (hier: vollständige Erneuerung einer Treppe) und mit hohen Kosten beseitigt werden kann.

2. Im Rahmen der Abwägung kann berücksichtigt werden, dass die Bauwerksleistung den aktuell anerkannten Regeln der Technik entspricht, die weniger hohe Anforderungen stellen als die zum Zeitpunkt der Abnahme gültigen Regeln der Technik.
3. Kann die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigert werden, so entfällt der wegen dieses Mangels geltend gemachte Kostenvorschussanspruch des Bestellers.

OLG Frankfurt, Urteil vom 19.09.2018, Az.: 29 U 152/17; NJW-RR 2018, 1425 = NZBau 2019, 105 = IBR 2019, 16

\*\*\*\*\*

#### 5. *Werkunternehmer trägt Risiko der Nacherfüllung; Übergang vom Schadensersatz zum Vorschussanspruch in der 2. Instanz*

1. Der Übergang von einem in erster Instanz geltend gemachten Schadensersatzanspruch (netto) auf einen Kostenvorschussanspruch (brutto) in zweiter Instanz ist statthaft; es fehlt insoweit auch nicht die notwendige Beschwerde (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 – VII ZR 46/17, dort Rn. 46 ff. zum materiellen Recht; dort Rn 53 ff. zum Verfahrensrecht).
2. Der Werkunternehmer schuldet diejenigen (ggf. auch über den anerkannten Regeln der Technik liegenden) Schalldämmmaße, die durch die vereinbarte Bauweise bei einwandfreier, den anerkannten Regeln der Technik entsprechender Bauausführung erreicht werden können.
3. Der Auftragnehmer trägt das Risiko der Nacherfüllung und kann daher grundsätzlich allein darüber entscheiden, auf welche Weise er die Mängel dauerhaft beseitigen will. Das gilt entsprechend § 242 BGB nicht, wenn der Auftragnehmer eine völlig unzureichende Nacherfüllung plant bzw. versuchen will, bei der von vorneherein abzusehen ist, dass sie nicht zu einer vollständigen, nachhaltigen und den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Mängelbeseitigung führen kann.
4. Für die Beurteilung, ob eine durch den Werkunternehmer angebotene Nachbesserungsmaßnahme geeignet ist, kommt es auf objektive Maßstäbe an und nicht darauf, welche Erkenntnisse der Werkunternehmer zum Zeitpunkt der Abgabe eines Nachbesserungsangebots hatte.
5. Nacherfüllungsmaßnahmen, die den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht vollständig herbeiführen, muss der Bauherr grundsätzlich nicht akzeptieren und darf sie zurückweisen. Die Verpflichtung zur Herstellung eines Werks - sei es auf Erfüllungsbzw. sei es auf Nacherfüllungsebene - ist eine unteilbare Leistung i.S.v. § 266 BGB.
6. Bei einer aufwändigen Sanierungsmaßnahme kann es - auch im Lichte bauvertraglicher Kooperationspflichten - erforderlich sein, dass der Unternehmer dem Bauherrn ein Sanierungskonzept vorlegt, das diesem die Prüfung ermöglicht, ob eine angebotene Teilsanierung von Decken den vertraglich geschuldeten Erfolg (hier: einen „erhöhten Schallschutz“) überhaupt erreichen kann. Es gibt - erst recht im Rahmen eines bereits bezogenen Objekts - kein Recht des Auftragnehmers, sich durch sukzessive Mängelbeseitigungsversuche an den von ihm vertraglichen geschuldeten „erhöhten Schallschutz“ schrittweise (und für ihn kostensparend) quasi „heranzutasten“.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.11.2018, Az.: 22 U 91/14; BauR 2019, 1317 = IBR 2019, 423

\*\*\*\*\*

6. *Mängelbeseitigung nach Abnahme: Welche Regeln der Technik sind einzuhalten?*

1. Die Herstellung eines Zustandes, der einer fortgeltenden Baugenehmigung entspricht, begründet kein Leistungsverweigerungsrecht für die Mängelbeseitigung, selbst wenn sich die technischen Regeln zwischenzeitlich verändert haben.
2. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 01.02.2019, Az.: 1 U 42/18; BauR 2019, 1796 = IBR 2019, 189

\*\*\*\*\*

7. *Mindererschuldensabzug für Planungsfehler bei nicht zugegangenem Bedenkenhinweis*

1. (...)
2. Für die Frage, welche Maßnahmen der Besteller zur Mängelbeseitigung für erforderlich halten durfte, kommt es auf eine verständige Würdigung eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Bauherrn im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung an, wobei es sich insgesamt um vertretbare Maßnahmen der Schadens- oder Mängelbeseitigung handeln muss. Der Auftragnehmer trägt das Risiko, dass im Rahmen der durch den Auftraggeber veranlassten Mängelbeseitigung auch Maßnahmen getroffen werden, die sich in nachträglicher Bewertung als nicht erforderlich erweisen. Gedanklich ist strikt zu trennen zwischen den hier in Rede stehenden Mängelbeseitigungsarbeiten und dem weiteren Streit über den Erfolg der Mängelbeseitigung.
3. (...)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2019, Az.: 21 U 118/16; NJW-RR 2019, 1109 = NZBau 2019, 720 = IBR 2019, 489

\*\*\*\*\*

8. *Erfüllungsanspruch verjährt nicht vor Mängelbeseitigungsanspruch!*

1. (...)
6. Auch die Beseitigung lediglich optischer Mängel kann nur ausnahmsweise als unverhältnismäßig verweigert werden. Bei privaten Luxusobjekten liegt dies besonders fern. Unwesentlich ist ein Mangel, wenn er an Bedeutung so weit zurücktritt, dass es unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Auftraggeber zumutbar ist, eine zügige Abwicklung des gesamten Vertragsverhältnisses nicht länger aufzuhalten und deshalb nicht mehr auf den Vorteilen zu bestehen, die sich ihm vor vollzogener Abnahme bieten (OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.5.1997 – 22 U 232/96 - zitiert nach juris; Kniffka, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, 4. Teil Rn. 4) und ihm deswegen zugemutet werden kann, letztlich auf Gewährleistungsansprüche verwiesen zu sein (vgl. Havers, in: Kapellmann/Messerschmidt VOB-Kommentar, Teil A/B, 6. Auflage 2018, § 12 VOB/B Rn. 85). Bei der gebotenen engen Auslegung ist ein Mangel demgegenüber nicht als unwesentlich anzusehen, wenn dieser auf die Gebrauchsfähigkeit oder die Sicherheit des Werks Einfluss haben kann (vgl. OLG Köln, Urt. v. 26.2.2015 – I-24 U 111/14 – zitiert nach juris; Voit, in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand: 01.02.2017, § 640 Rn. 22).

Liegen mehrere Mängel vor, die jeweils für sich betrachtet nicht schwerwiegend sind, kann sich aus der Summe der Mängel gleichwohl ergeben, dass der Auftraggeber nicht mehr verpflichtet ist, die Leistung abzunehmen (vgl. KG, Urt. v. 22.2.1984 – 24 U 5685/83 – zitiert nach juris).

6. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 24 U 14/18; NJW 2019, 3240 = NZBau 2019, 709 = ZfBR 2019, 570 = IBR 2019, 425

\*\*\*\*\*

## 9. *Ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung*

1. (...)

2. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers ergibt sich nicht allein daraus, dass er untätig bleibt oder im Prozess seine Verantwortung für die Mängel bestreitet.

OLG Stuttgart, Urteil vom 28.05.2019, Az.: 10 U 15/19; NJW 2019, 2547 = NZBau 2019, 586 = ZfBR 2019, 677 = IBR 2019, 533

\*\*\*\*\*

## 4. **Fristsetzung**

### 1. *Ersatz für Schäden aus wegen unzureichender Vorarbeiten fehlerhafter Bauleistung*

1. (...)

3. Beruht der Mangel der Werkleistung des Auftragnehmers darauf, dass er auf eine unzureichende Vorunternehmerleistung aufgebaut hat, setzt eine ordnungsgemäße Fristsetzung im Sinne der §§ 281, 634 Nr. 4 BGB voraus, dass der Auftraggeber die Mitwirkungshandlungen vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die dem Unternehmer die Herstellung eines funktionierenden Nachfolgegewerks ermöglichen. Das gilt auch, wenn der Auftraggeber die konkrete Mangelursache nicht kennt, weil der Auftragnehmer seiner Verpflichtung, die Mängelbehauptungen des Auftraggebers zu prüfen und den Umfang seiner Leistungspflicht selbst zu beurteilen, nicht nachgekommen ist.

4. (...)

OLG Oldenburg, Urteil vom 21.08.2018, Az.: 2 U 62/18; BauR 2019, 114 = NZBau 2018, 740 = NJW 2019, 83 = IBR 2019, 190

\*\*\*\*\*

### 2. *Keine Fristsetzung bei unberechtigter Erhebung des Unverhältnismäßigkeitseinwandes*

1. (...)

3. Beruft sich der nacherfüllungspflichtige Unternehmer im Prozess auf die Unverhältnismäßigkeit der sachverständig begründeten und ermittelten Mangelbeseitigungskosten, kann dies eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung zum Ausdruck bringen, sodass es einer Fristsetzung nach § 637 Abs. 1 BGB für den Vorschuss zur Selbstvornahme nicht mehr bedarf. Auf eine vorausgegangene

vermeintliche Zuvielforderung des Erwerbes beim Umfang der beanspruchten Mängelbeseitigung kommt es dann nicht an.

4. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 11.07.2019, Az.: 1 U 116/18; BauR 2020, 120 = NZBau 2019, 779 = NJW-RR 2019, 1485

\*\*\*\*\*

## 5. Ersatzvornahme/Kostenerstattung/Vorschuss

### 1. *Neueindeckung nicht erforderlich: Auftragnehmer muss Mängelbeseitigungskosten trotzdem tragen!*

1. (...)

2. Hat der Auftragnehmer mangelhaft geleistet und den Mangel trotz Aufforderung nicht beseitigt, trägt er das Risiko, dass die vom Auftraggeber ergriffenen Mängelbeseitigungsmaßnahmen sich bei einer nachträglichen Bewertung als nicht erforderlich erweisen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Auftraggeber im Rahmen dessen hält, was ein verständiger und wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung für erforderlich halten durfte.

OLG Celle, Urteil vom 12.05.2016, Az.: 16 U 131/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.09.2018, Az.: VII ZR 156/16); BauR 2019, 685 = IBR 2019, 15

\*\*\*\*\*

### 2. *Funktionaler Mangel wegen optisch störender Dellen in Fußbodenbelag*

1. (...)

2. Der Besteller kann mit einem Vorschussanspruch gegen die Werklohnforderung aufrechnen.

3. Der Vorschuss kann der Höhe nach – soweit die Methode der Mängelbeseitigung unstreitig oder bewiesen ist – aufgrund einer groben Schätzung zuerkannt werden.

4. Er beschränkt sich auf den eigentlichen Aufwand zur Mängelbeseitigung. Sonstige Vermögensverluste, die der Besteller aus Anlass der Mängelbeseitigung erleidet, sind Mangelfolgeschäden, die nur unter den Voraussetzungen eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs gem. § 280 I BGB geltend gemacht werden können.

5. Auch ein Vorschussanspruch kann wegen Planungsmitverschuldens nach §§ 254, 278 BGB gemindert sein.

6. Die Frist zur Rückzahlung eines Vorschusses beginnt nicht vor Rechtskraft des Vorschussurteils.

7. (...)

OLG Hamburg, Urteil vom 28.09.2018, Az.: 11 U 128/17; NJW-RR 2019, 336 = NZBau 2019, 244 = IBR 2019, 7 = IBR 2019, 14

\*\*\*\*\*

**3. Mängelbeseitigung nach Abnahme: Welche Regeln der Technik sind einzuhalten?**

1. (...)
2. Verzug im Hinblick auf einen Vorschuss zur Mängelbeseitigung tritt erst ein, wenn ein solcher Vorschuss vom Besteller verlangt wird, nicht bereits dann, wenn der Unternehmer die Beseitigung des Mangels nach einem Nachbesserungsverlangen ernsthaft und endgültig verweigert.
3. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 01.02.2019, Az.: 1 U 42/18; BauR 2019, 1796 = IBR 2019, 189

\*\*\*\*\*

**4. Vorschuss muss nicht centgenau bemessen werden!**

Ist in einem Vorschussprozess vor der Durchführung der Mängelbeseitigung noch unklar, welche Sanierungsmaßnahmen im Einzelnen erforderlich sein werden, und lässt sich die Höhe der voraussichtlich anfallenden Kosten deshalb nur innerhalb eines Rahmens eingrenzen, hat das Gericht den zu zahlenden Vorschuss gem. § 287 Abs. 1 ZPO nach freier Überzeugung innerhalb dieser Spanne festzusetzen.

Kammergericht, Urteil vom 19.02.2019, Az.: 21 U 40/18; NZBau 2019, 507 = IBR 2019, 295

\*\*\*\*\*

**6. Minderung**

**1. Verjährung von mangelbezogenen Erfüllungsansprüchen erst ab Abnahme**

1. (...)
8. An die Erklärung der Minderung ist der Besteller in dem Sinne gebunden, dass andere Gewährleistungsansprüche wegen des nämlichen Mangels ausscheiden.
9. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 24 U 14/18; NJW 2019, 3240 = NZBau 2019, 709 = ZfBR 2019, 570 = IBR 2019, 425

\*\*\*\*\*

**7. Rücktritt**

**1. Mängelbeseitigungsaufwand über 5%: Erwerber kann zurücktreten!**

1. Wo die Baubeschreibung zu vage ist, schuldet der Bauträger eine fachgerechte Ausführung der Arbeiten, denn er verspricht als Werkunternehmer bei Vertragsschluss stillschweigend die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik. Etwas anderes gilt, wenn die Parteien (wirksam) einen hiervon abweichenden, niedrigeren Standard vereinbart haben.
2. Die Feststellung, ob ein Mangel unerheblich ist, so dass der Erwerber nicht vom Vertrag zurücktreten kann, erfordert eine umfassende Interessenabwägung, die die

Bedeutung des Mangels und seinen Beseitigungsaufwand berücksichtigt. Allein mit an Mängelbeseitigungskosten orientierten festen Prozentsätzen kann nicht gearbeitet werden.

3. Sind die Mängel behebbar, kommt es für deren Erheblichkeit auf die Kosten der Mängelbeseitigung und nicht auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung an. Soweit für die Abgrenzung Prozentsätze (Reparaturkosten im Verhältnis zum Kaufpreis) herangezogen werden, liegt die Erheblichkeitsschwelle bei 5% des Mängelbeseitigungsaufwands.

OLG Dresden, Urteil vom 12.05.2016, Az.: 8 U 438/15, IBR 2019, 375

\*\*\*\*\*

## 2. *Mängelbeseitigungskosten von 6,83% des Kaufpreises: Erwerber kann zurücktreten!*

1. Ob Mängel so erheblich sind, dass der Besteller vom Bauträgervertrag zurücktreten kann, ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung festzustellen. Maßgeblich sind die Bedeutung der Mängel und der Beseitigungsaufwand.
2. Beträgt der Mängelbeseitigungsaufwand mehr als 5% des Kaufpreises, sind die Mängel in der Regel erheblich.

OLG Dresden, Urteil vom 12.05.2016, Az.: 8 U 451/15: IBR 2019, 676

\*\*\*\*\*

## 3. *Wie bemisst sich der Wertersatz nach einem Rücktritt wegen Mängeln?*

1. Im Falle eines Rücktritts sind die empfangenen (Bau-)Leistungen grundsätzlich zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Soweit die Rückgewähr oder die Herausgabe nach der Natur des Erlangten ausgeschlossen ist, hat der Auftraggeber Wertersatz zu leisten.
2. Tritt der Auftraggeber wegen eines Mangels vom Bauvertrag zurück und kann die empfangene Leistung (hier: Fußbodenbeschichtungen auf ungeschliffenen OSB-Platten) nicht zurückgegeben werden, muss der Mangel bei der Bemessung des Wertersatzes berücksichtigt werden. Dabei ist von denselben Grundsätzen wie bei der Minderung auszugehen.

Kammergericht, Urteil vom 07.06.2018, Az.: 27 U 7/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 06.02.2019, Az.: VII ZR 150/18); IBR 2019, 485

\*\*\*\*\*

## 4. *Bauträgervertrag: Wirksamkeit trotz nachträglicher formunwirksamer Vereinbarungen*

1. (...)
2. Der Rücktritt eines Bauträgers ist bei einem Zahlungsverzug des Erwerbers in der Regel ausgeschlossen, weil gemäß § 323 Abs. 5 S. 1 BGB nicht anzunehmen ist, dass der Bauträger sein Interesse an der Abwicklung des Vertrages aus diesem Grund verloren hat.
3. Der Bauträger kann nicht vom Bauträgervertrag zurücktreten, wenn der Erwerber einen Betrag von weniger als 10% der geschuldeten Vergütung nicht zahlt. In einem

solchen Fall ist es dem Bauträger zuzumuten, die Berechtigung seiner Forderung gerichtlich klären zu lassen.

OLG München, Urteil vom 14.08.2018, Az. 9 U 3345/17 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschl. vom 20.02.2019, Az.: VII ZR 184/18); BauR 2019, 1326 = IBR 2019, 558

\*\*\*\*\*

#### 5. *Bausatz passt nicht zur Bodenplatte: Mangel erheblich, Rücktritt möglich!*

1. Ein Bausatz für eine Großraumgarage mit vier Wandelementen in gleicher Länge ist mangelhaft, wenn er sich wegen der nach den Plänen des Verkäufers erstellten Bodenplatte samt Aufkantung an zwei Seiten nicht für die vorausgesetzte Verwendung, das Zusammenfügen zu einer Garage mit den vereinbarten Maßen, eignet.
2. Die Mangelhaftigkeit des Bausatzes berechtigt den Käufer dazu, Nacherfüllung in Form der Neulieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen und nach erfolglosem Fristablauf vom Vertrag zurückzutreten.
3. Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Mangel unerheblich ist. Davon ist nicht auszugehen, wenn die Mängelbeseitigungskosten mindestens 5% des Kaufpreises ausmachen.
4. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung kann nur bis zur Erklärung des Rücktritts erhoben werden.

OLG München, Urteil vom 08.03.2019, Az.: 20 U 3637/18 Bau; IBR 2019, 323

\*\*\*\*\*

#### 6. *Exposé kann Leistungssoll bestimmen*

1. (...)
3. Ob der Rücktritt eines Bauträgers vom Bauträgervertrag wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung unwirksam ist, richtet sich nach einer Gesamtabwägung. Selbst ein Zahlungsrückstand des Erwerbers in Höhe von mehr als 10 % des Kaufpreises kann in diesem Sinne unerheblich sein, wenn die Leistung des Bauträgers an einem wesentlichen Mangel leidet und sein Vergütungsanspruch - etwa die Bezugsfertigkeitsrate - nur deshalb fällig ist, weil die Mängelbeseitigung unverhältnismäßig wäre.

Kammergericht, Urteil vom 11.06.2019, Az.: 21 U 116/18; BauR 2019, 1660 = IBR 2019, 616

\*\*\*\*\*

### 8. **Schadensersatz**

#### 1. *Haftung der Planungs- und Baubeteiligten bei fehlerhafter Verlegung von Straßenpflaster*

1. (...)
2. Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach im Verhältnis vom Besteller zum Architekten/Ingenieur hinsichtlich der von diesem zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben,



der Schadensersatzanspruch nicht in Höhe der fiktiven Kosten für die Beseitigung der Mängel am Bauwerk zu bemessen ist, findet auf vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge keine Anwendung (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Februar 2018, VII ZR 46/17, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

BGH, Urteil vom 27.09.2018, Az.: VII ZR 45/17; BauR 2019, 246 = NJW 2019, 421 = NZBau 2019, 235 = IBR 2019, 23

\*\*\*\*\*

## 2. Zulässiger Gegenstand einer Anschlussrevision bei beschränkter Revisionszulassung

1. Ein Besteller, der den Mangel nicht beseitigen lässt, kann seinen Schaden nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 22. Februar 2018, VII ZR 46/17 Rn. 22-43, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, BGHZ 218, 1 und Urteil vom 21. Juni 2018, VII ZR 173/16 Rn. 14, BauR 2018, 1725 = NZBau 2018, 523).

2. (...)

BGH, Urteil vom 06.12.2018, Az.: VII ZR 71/15; BauR 2019, 668 = NJW-RR 2019, 406 = NZBau 2019, 170 = ZfBR 2019, 256 = IBR 2019, 127

\*\*\*\*\*

## 3. Schadensersatz für Mangelfolgeschäden erfordert keine Fristsetzung

1. Mit dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB kann Ersatz für Schäden verlangt werden, die aufgrund eines Werkmangels entstanden sind und durch eine Nacherfüllung der geschuldeten Werkleistung nicht beseitigt werden können. Hiervon erfasst sind mangelbedingte Folgeschäden, die an anderen Rechtsgütern des Bestellers oder an dessen Vermögen eintreten (Fortführung von BGH, Urteile vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 58, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201 und vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13 Rn. 23, BauR 2017, 1061 = NZBau 2017, 555).

2. Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB tritt an die Stelle der geschuldeten Werkleistung. Sein Anwendungsbereich bestimmt sich nach der Reichweite der Nacherfüllung. Da die Nacherfüllung gemäß § 634 Nr. 1, § 635 BGB auf Herstellung des geschuldeten Werks gerichtet ist, bestimmt dieses die Reichweite der Nacherfüllung. Die geschuldete Werkleistung ist dabei im Wege der Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Die Nacherfüllung erfasst danach die Beseitigung der Mängel des geschuldeten Werks, die auf einer im Zeitpunkt der Abnahme vorhandenen vertragswidrigen Beschaffenheit des Werks beruhen.

BGH, Urteil vom 07.02.2019, Az.: VII ZR 63/18; BauR 2019, 963 = NJW 2019, 1867 = NZBau 2019, 435 = ZfBR 2019, 362 = IBR 2019, 260

\*\*\*\*\*

4. *Mängelansprüche der Erwerber verjährt: Kein Schadensersatzanspruch des Bauträgers!*

Steht fest, dass der Bauträger von den Wohnungserwerbern nicht mehr wegen Baumängeln in Anspruch genommen werden kann, steht ihm wegen dieser Mängel kein Schadensersatzanspruch gegen seinen Auftragnehmer zu.

OLG Frankfurt, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 12 U 174/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.12.2018, Az.: VII ZR 299/16); IBR 2019, 373

\*\*\*\*\*

5. *Unternehmer haftet für Fehler seines Lieferanten!*

1. Der Werkunternehmer ist grundsätzlich nicht für Mängel einer zugelieferten Ware (hier: Steuerungssoftware einer Melkanlage) verantwortlich, wenn er diese Mängel nicht erkannt hat und auch nicht erkennen musste.
2. Der Lieferant ist regelmäßig kein Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers. Tritt er jedoch aus der reinen Lieferantenrolle heraus und beteiligt er sich an der Erfüllung der Pflichten des Werkunternehmers, wird sein Fehlverhalten dem Unternehmer zugerechnet.

OLG Koblenz, Urteil vom 02.11.2017, Az.: 1 U 725/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 31.07.2018, Az.: VII ZR 271/17); IBR 2019, 104

\*\*\*\*\*

6. *Ersatz für Schäden aus wegen unzureichender Vorarbeiten fehlerhafter Bauleistung*

1. (...)
2. Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 280, 634 Nr. 4 BGB und Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 281, 280, 634 Nr. 4 BGB erfolgt im Werkvertragsrecht nicht danach, ob es sich um Mangel- oder Mangelfolgeschäden handelt. Vielmehr unterfallen Schäden, die im Falle einer ordnungsgemäßen Erfüllung der werkvertraglichen Verpflichtung spätestens im Wege der Nachbesserung nicht entstanden wären, den §§ 281, 280, 634 Nr. 4 BGB, während Schäden, die auch im Wege einer Nacherfüllung nicht hätten vermieden werden können, nach den §§ 280, 634 Nr. 4 BGB zu ersetzen sind.
3. Beruht der Mangel der Werkleistung des Auftragnehmers darauf, dass er auf eine unzureichende Vorunternehmerleistung aufgebaut hat, setzt eine ordnungsgemäße Fristsetzung im Sinne der §§ 281, 634 Nr. 4 BGB voraus, dass der Auftraggeber die Mitwirkungshandlungen vorgenommen oder jedenfalls angeboten hat, die dem Unternehmer die Herstellung eines funktionierenden Nachfolgegewerks ermöglichen. Das gilt auch, wenn der Auftraggeber die konkrete Mangelursache nicht kennt, weil der Auftragnehmer seiner Verpflichtung, die Mängelbehauptungen des Auftraggebers zu prüfen und den Umfang seiner Leistungspflicht selbst zu beurteilen, nicht nachgekommen ist.
4. Die Pflicht des Auftragnehmers, die Mängelbehauptungen des Auftraggebers zu prüfen und Grund und Umfang seiner Leistungspflicht selbst zu beurteilen, ist eine solche nach § 241 Abs. 2 BGB, deren Verletzung einen neben dem Sachmängelgewährleistungsrecht stehenden Schadensersatzanspruch aus den §§ 280, 241 Abs. 2, 631 BGB nach sich ziehen kann.

OLG Oldenburg, Urteil vom 21.08.2018, Az.: 2 U 62/18; BauR 2019, 114 = NJW 2019, 83 = NZBau 2018, 740 = IBR 2019, 190

\*\*\*\*\*

*7. Verpflichtung des Tiefbauunternehmers zur Einholung von Auskünften bei den Versorgungsträgern zur Lage von Versorgungsleitungen*

Die Übergabe unvollständiger Pläne durch den Auftraggeber entbindet den Auftragnehmer nicht von der Verpflichtung, bei den Versorgungsträgern Auskunft über das Vorhandensein und der Lage von Versorgungsleitungen einzuholen und die Lage etwaiger Versorgungsleitungen vor Durchführung der Arbeiten zu überprüfen.

OLG Rostock, Urteil vom 28.08.2018, Az.: 4 U 105/15; BauR 2019, 690

\*\*\*\*\*

*8. Wie bemisst sich der Schaden des Bauherrn, wenn der Mangel nicht beseitigt wird?*

1. Behält der Besteller das Werk und lässt den Mangel nicht beseitigen, kann der Schaden ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung anhand der Vergütungsanteile bemessen werden, die auf die mangelhafte Leistung entfallen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Februar 2018, VII ZR 46/17).
2. Ergeben sich die Vergütungsanteile, die auf die mangelhafte Leistung entfallen, nicht aus dem Bauvertrag, sind sie gemäß § 287 ZPO zu schätzen.
3. Bei der Schadensschätzung ist das dem Besteller verbleibende Material, soweit diesem noch ein wirtschaftlicher Wert zukommt, zu berücksichtigen.
4. Dem Besteller, der im erstinstanzlichen Verfahren seinen Schaden anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten dargelegt hat, ist im Berufungsverfahren unter Hinweis auf die geänderte Rechtsprechung Gelegenheit zu geben, seinen Schaden anderweitig darzulegen und zu beziffern.

OLG Frankfurt, Urteil vom 31.08.2018, Az.: 13 U 191/16; BauR 2019, 282 = NZBau 2019, 172 = IBR 2018, 681 = IBR 2019, 52

\*\*\*\*\*

*9. Im Kaufrecht gilt weiter das Recht des Käufers, fiktive Mängelbeseitigungskosten im Rahmen des kleinen Schadensersatzes geltend zu machen*

1. Vereinbaren die Parteien eines Immobilienkaufvertrages als Beschaffenheit, „dass die vorhandene Bebauung baurechtlich genehmigt ist“, so muss bei Vertragsschluss die vorhandene Nutzung der Gebäudeteile rechtlich zulässig sein.
2. Damit zusammenhängende Gewährleistungsansprüche sind bauwerksbezogen zu beurteilen und verjähren innerhalb der 5-jährigen Frist des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB.
3. Trotz der Entscheidung des VII. Zivilsenats des BGH vom 22. Februar 2018, Az. VII ZR 46/17, IBR 2018, 196 verbleibt es im Kaufrecht bei dem Recht des Käufers, fiktive Mängelbeseitigungskosten im Rahmen des kleinen Schadensersatzes geltend machen zu können.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.10.2018, Az.: I-24 U 194/17; BauR 2019, 549

\*\*\*\*\*

*10. Vorschuss muss nicht centgenau bemessen werden!*

1. Ein Werkmangel liegt nicht vor, wenn der Auftragnehmer bei der Erstellung des Werks die Herstellervorgaben eingehalten hat und die allgemein anerkannten Regeln der Technik keine höheren Anforderungen an das Werk stellen. Gehen die anerkannten Regeln über die Herstellervorgaben voraus, würde zunächst vermutet, dass der Auftragnehmer einen deswegen bestehenden Mangel nicht zu vertreten hat.
2. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 09.11.2018, Az. 12 U 20/18; BauR 2019, 682 = IBR 2019, 69

\*\*\*\*\*

*11. Auch im Kaufrecht keine Schadensberechnung anhand fiktiver Mängelbeseitigungskosten*

1. Der Käufer einer Immobilie, der Unwirksamkeit des vertraglichen Gewährleistungsausschlusses wegen arglistigen Verschweigens verdeckter Mängel durch den Verkäufer geltend macht, muss lediglich die objektiven Umstände darlegen und gegebenenfalls nachweisen, die einen hinreichend sicheren Schluss auf arglistiges Verschweigen bekannter Umstände zulassen.
2. Auch der Käufer einer mangelhaften Sache kann seinen Schaden nicht auf der Grundlage der fiktiven Mängelbeseitigungskosten berechnen, wenn er die Sache behält. Dies gilt insbesondere, wenn die fiktiven Mängelbeseitigungskosten den Sachwert des Gebäudes erreichen oder übersteigen. Ebenso wie im Werkvertragsrecht (vergleiche BGH, Urteil vom 22. Februar 2018, VII ZR 46/17) ist auch im Kaufrecht aus Gründen des allgemeinen vertraglichen Schadensrechts eine solche Abrechnung mit dem Verbot der Überkompensation unvereinbar.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.01.2019, Az.: 29 U 183/17; BauR 2019, 866 = IBR 2019, 225

\*\*\*\*\*

*12. Keine Mängelhaftung durch die Hintertür!*

1. Eine Schadensersatzpflicht des Bauunternehmers wegen Verletzung des Eigentums des Auftraggebers kommt nur dann in Betracht, wenn sich in der Beschädigung oder Zerstörung des Produkts ein Schaden verwirklicht, den zu vermeiden dem Unternehmer im Integritätsinteresse des Auftraggebers durch eine deliktische Sorgfaltspflicht aufgegeben ist (sog. "Weiterfresserschaden").
2. Deckt sich der geltend gemachte Schaden mit dem Unwert, der der Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit von Anfang an schon bei ihrem Erwerb anhaftet, ist er allein auf enttäuschte Vertragserwartungen zurückzuführen; für deliktische Schadensersatzansprüche ist insoweit kein Raum.
3. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 30.01.2019, Az.: 4 U 139/17; IBR 2019, 314

\*\*\*\*\*

*13. Umfang des Planungsfeststellungsschadens bei günstigerer Mängelbeseitigungsausführung*

1. (...)
4. Auch Regiekosten zur Mängelbeseitigung (Planung, Überwachung, Koordination, Abrechnung) kann der Auftraggeber nicht fiktiv etwa anhand eines prozentualen Aufschlags auf die Sanierungs-Baukosten als Schaden geltend machen. Ersatzfähig ist lediglich der tatsächlich entstandene, konkrete Aufwand (hier: Arbeitszeit des eigenen Geschäftsführers).

Kammergericht, Urteil vom 01.02.2019, Az.: 21 U 70/18; BauR 2019, 1818 = NJW-RR 2019, 917 = NZBau 2019, 593 = IBR 2019, 268

\*\*\*\*\*

*14. Schadensersatz wegen Mängeln umfasst keinen frustrierten Werklohn für fremde Gewerke!*

1. Bemisst der Besteller die Höhe des zu beanspruchenden Schadensersatzes gem. §§ 280, 281, 634 Nr. BGB nach der Entscheidung des BGH vom 20. Februar 2018 (VII ZR 46/17. BGHZ 218, 1 ff.) in Anlehnung an § 634 Nr. 3, § 638 BGB (ausgehend von der vereinbarten Vergütung) nach dem Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels, kann der Besteller darüber hinaus nicht noch den Ersatz von frustrierten Werklohaufwendungen für andere Gewerke anderer Unternehmer verlangen, die aufgrund der mangelhaften Werkleistung ihren Wert verloren haben.
2. Unnötige oder infolge des Werkmangels nutzlose Aufwendungen für andere Gewerke können nur im Rahmen des Minderwerts des Gesamtobjekts berücksichtigt werden. Anderenfalls würde der von dem BGH verfolgte Gedanke der Verhinderung von Überkompensation ausgehöhlt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.04.2019, Az.: 5 U 30/15; BauR 2019, 1791 = IBR 2019, 486

\*\*\*\*\*

*15. Keine Fristsetzung bei unberechtigter Erhebung des Unverhältnismäßigkeitseinwandes*

1. (...)
4. Der Erwerber hat gegen den Verkäufer neben der Leistung Anspruch auf Ersatz der aufgewandten Sachverständigenkosten. Ob sich dieser Schadensersatzanspruch der Höhe nach auf den Anteil des späteren Prozessergebnisses beschränkt, bleibt offen.
5. (...)

OLG Naumburg, Urteil vom 11.07.2019, Az.: 1 U 116/18; BauR 2020, 120 = NZBau 2019, 779 = NJW-RR 2019, 1485

\*\*\*\*\*

*16. Begleitschäden (hier: zerkratzte Glasfassaden) können fiktiv berechnet werden!*

1. Die Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit einer fiktiven Schadensberechnung beim werkvertraglichen Schadensersatzanspruch (IBR 2018, 196) ist auf sog. "Begleitschäden" nicht anwendbar.
2. Umsatzsteuer kann auch bei Begleitschäden nur erstattet verlangt werden, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.
3. Die Kosten für die Planung und Überwachung von Schadensbeseitigungsmaßnahmen können in der Regel mit 15% der Kosten für die eigentlichen Schadensbeseitigungsmaßnahmen veranschlagt werden. Im Einzelfall können aber auch lediglich 10% anzusetzen sein.

LG München I, Urteil vom 14.11.2018, Az.: 2 O 11810/16; IBR 2019, 132

\*\*\*\*\*

**9. Prüf- und Hinweispflichten**

*1. Muss der Auftragnehmer prüfen, ob und wie die bestellte Leistung optimiert werden kann?*

Der Auftragnehmer muss nicht auf die Möglichkeit einer Leistungsoptimierung hinweisen, wenn die erreichbare Leistung dem Vertragszweck gerecht wird.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.05.2017, Az.: 14 U 108/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.11.2018, Az.: VII ZR 116/17); IBR 2019, 304

\*\*\*\*\*

*2. Beachtlichkeit auch mündlicher Bedenkenhinweise*

1. Auch mündliche Bedenkenhinweise gem. § 4 Abs. 3 VOB/B sind nicht unbeachtlich.
2. Bleibt der Auftraggeber trotz ausreichender Belehrung des Auftragnehmers bei seiner gegenteiligen Anordnung, kann dies dazu führen, dass er die sich daraus ergebenden Folgen allein tragen muss.
3. Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber nicht darauf hinweisen, dass die geplante Ausführung nicht den anerkannten Regeln der Technik bzw. den Fachregeln entsprechen werde. Vielmehr kommt es darauf an, den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, die Tragweite der Nichtbefolgung des Hinweises zu erkennen, sodass angenommen werden kann, der Auftraggeber übernehme bewusst das Risiko von Baumängeln.
4. (...)

OLG Schleswig, Urteil vom 18.07.2018, Az.: 12 U 8/18; BauR 2019, 273 = IBR 2018, 617

\*\*\*\*\*

### 3. Umfang und Intensität der Prüfungs- und Hinweispflicht

1. Die Prüfungspflicht ist Teil der Verpflichtung des Auftragnehmers zur Erfüllung des Vertrages. Er hat zu überprüfen, ob die Leistung eines vor ihm tätigen Unternehmers geeignet war, um ein mangelfreies Gewerk herzustellen. Die Anforderungen an die Prüfung bemessen sich an den von einem Unternehmer zu erwartenden Fachkenntnissen. Dessen tatsächliche Kenntnisse sind nicht maßgeblich.
2. Beruht ein Mangel der Werkleistung darauf, dass der Werkunternehmer auf eine unzureichende Vorunternehmerleistung aufgebaut hat, ohne eine Enthftung über die Prüf- und Bedenkenhinweisverpflichtung zu erreichen, schuldet der Unternehmer die Nacherfüllung erst dann, wenn der Besteller ihm die geänderte und nunmehr fehlerfreie Vorunternehmerleistung als Arbeitsgrundlage zur Verfügung stellt.
3. Der Auftraggeber schuldet dem für den Mangel verantwortlichen Auftragnehmer vor dessen Inanspruchnahme nicht die objektive Klärung der Mangelursache, deren Kenntnis erst geeignete Mängelbeseitigungs- und Schadensabwendungsmaßnahmen sicher ermöglicht. Vielmehr ist es Aufgabe des Auftragnehmers, die Mängelbehauptungen des Auftraggebers zu prüfen und Grund und Umfang Leistungspflicht selbst zu beurteilen. Insoweit handelt es sich um eine eigenständige Pflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB.

OLG Oldenburg, Urteil vom 21.08.2018, Az.: 2 U 62/18; BauR 2019, 114 = NZBau 2018, 740 = NJW 2019, 83 = IBR 2019, 190

\*\*\*\*\*

### 4. Minderverschuldensabzug für Planungsfehler bei nicht zugegangenem Bedenkenhinweis

1. Der Auftragnehmer haftet für Mängel der Leistung gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Von seiner Haftung kann er sich befreien, wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Die fehlende Bedenkenanmeldung führt allerdings nicht zu einer alleinigen Haftung des Auftragnehmers, vielmehr gilt der Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung. Insoweit hat auch beim Nacherfüllungsanspruch eine Abwägung zwischen der Fehlplanung des Auftraggebers und dem unterlassenen Bedenkenhinweis zu erfolgen (§ 254 BGB analog).
2. (...)
3. Der Auftragnehmer wird von seiner Einstandspflicht für eine fehlerhafte Ausführung einer Schottertragschicht, die zu Setzungen geführt hat, nicht deshalb befreit, weil eine (den Beteiligten nicht bekannte) weitere Ursache im tieferen Untergrund die aufgetretenen Setzungserscheinungen begünstigt haben kann. Eine solche weitere Ursache führt jedenfalls hier auch nicht deshalb zu einer Mithaftung des Auftraggebers, weil es sich bei einem nicht erkennbaren Baugrundrisiko um seinen Risikobereich und damit seine Verantwortung handeln könnte.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2019, Az.: 21 U 118/16; NZBau 2019, 720 = NJW-RR 2019, 1109 = IBR 2019, 489

\*\*\*\*\*

## 10. Vorteilsausgleich/Sowieso-Kosten

### 1. Haftung der Planungs- und Baubeteiligten bei fehlerhafter Verlegung von Straßenpflaster

1. (...)
2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Anrechnung des Vorteils, der durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entsteht, zu erwägen, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, juris Rn. 39, BGHZ 91, 206; Urteil vom 15. Juni 1989 - VII ZR 14/88, juris Rn. 33, BauR 1989, 606 - insoweit in BGHZ 108, 65 nicht abgedruckt; Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 392/00, juris Rn. 22, BauR 2002, 86 = NZBau 2002, 31)
3. (...)

BGH, Urteil vom 27.09.2018, Az.: VII ZR 45/17; BauR 2019, 246 = NJW 2019, 421 = NZBau 2019, 235 = IBR 2019, 11

\*\*\*\*\*

### 2. Unwirksamkeit einer von einem nicht wirksam bestellten Erstverwalter erklärten Abnahme

1. (...)
4. Ein Abzug "neu für alt" kommt nicht in Betracht, wenn die Vorteile der Erwerber ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen.

OLG München, Urteil vom 24.04.2018, Az.: 28 U 3042/17 Bau; BauR 2019, 530

\*\*\*\*\*

### 3. Mängelbeseitigung nach Abnahme: Welche Regeln der Technik sind einzuhalten?

1. Die Mängelbeseitigung muss die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten. Sofern dies mit höheren Kosten verbunden ist, als das ohne die Regeländerung der Fall wäre, liegt dies im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers und ist Folge seiner ursprünglich mangelhaften Leistung (Anschluss an OLG Stuttgart, IBR 2011, 697).
2. Entsteht durch die Nachbesserung nach aktuellem Regelwerk ein Mehrwert, kann hierfür eine Ausgleichspflicht des Auftraggebers bestehen.

OLG Schleswig, Urteil vom 01.02.2019, Az.: 1 U 42/18; BauR 2019, 1796 = IBR 2019, 189

\*\*\*\*\*

### 4. Vorteilsausgleichung

1. Die Mängelbeseitigung muss die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten. Sofern dies mit höheren Kosten verbunden ist, als das ohne die Regeländerung der Fall wäre,



liegt dies im Verantwortungsbereich des Auftragnehmers und ist Folge seiner ursprünglich mangelhaften Leistung (Anschluss an OLG Stuttgart, IBR 2011, 697).

2. Mehraufwand zur Mängelbeseitigung in Folge einer zwischenzeitlichen Verschärfung der technischen Anforderungen ist nicht als Vorteil auszugleichen, sondern Bestandteil des ersatzfähigen Schadens aus einem Planungsfehler.
3. (...)

OLG Frankfurt, Urteil vom 19.08.2019, Az.: 29 U 113/18; NJW-RR 2019, 1301 = NZBau 2019, 726

\*\*\*\*\*

## 11. Mitverschulden des AG

### 1. Haftung der Planungs- und Baubeteiligten bei fehlerhafter Verlegung von Straßenpflaster

1. (...)
2. Ein schuldhaftes Verhalten des mit der Planung beauftragten Architekten ist dem Besteller gemäß § 278 BGB über eine fehlerhafte Ursprungsplanung hinaus zuzurechnen, wenn der mit der Planung beauftragte Architekt im Laufe der Bauausführung fehlerhafte Anordnungen erteilt, aufgrund derer von der ursprünglichen Planung abgewichen werden soll. Einer solchen Anordnung steht es gleich, wenn der Architekt zwar nicht einseitig eine Planungsänderung vorgibt, eine solche jedoch auf sein Betreiben hin einvernehmlich vereinbart wird und er hinsichtlich dieser Änderung die Planungsverantwortung übernimmt. In einem solchen Fall kommt es nicht darauf an, welcher der am Bauvorhaben Beteiligten den Änderungsvorschlag unterbreitet hat.
3. (...)

BGH, Urteil vom 27.09.2018, Az.: VII ZR 45/17; BauR 2019, 246 = NJW 2019, 421 = NZBau 2019, 235 = IBR 2019, 11

\*\*\*\*\*

### 2. Mitverschulden des Bauherrn durch Beauftragung eines finanzschwachen Bauunternehmers?

1. Im Rahmen eines Bauüberwachungsvertrags hat der Bauüberwacher das mangelfreie Entstehenlassen des Bauwerks zu bewirken. Hierzu gehört auch ein vorbeugendes Einschreiten gegenüber den ausführenden Bauunternehmen, um Baumängel zu verhindern.
2. Verstößt der Bauüberwacher gegen seine Überwachungspflichten und führt das zu einem Baumangel, kommt eine Haftungsreduzierung zu seinen Gunsten in Betracht, wenn den Auftraggeber an der Schadensentstehung ein Mitverschulden trifft.
3. Ein Mitverschulden des Auftraggebers kann darin liegen, dass er Arbeiten, von denen er weiß, dass sie mit Gefahren verbunden sind, an einen Unternehmer vergibt, dessen mangelnde Sachkunde ihm bekannt ist oder an dessen Fähigkeiten zu zweifeln hinreichend konkreter Anlass besteht.

4. Die bevorstehende Insolvenz oder absehbare finanzielle Schwierigkeiten eines Unternehmens allein bewirken keine Verpflichtung des Auftraggebers, von einer etwaigen Auftragserteilung abzusehen.

OLG München, Urteil vom 22.03.2016, Az.: 9 U 2091/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.09.2018, Az.: VII ZR 88/16); IBR 2019, 147

\*\*\*\*\*

### 3. *Wer ein Nebenangebot abgibt, übernimmt Planungsverantwortung!*

Der Bieter kann durch ein Nebenangebot mit Hilfe einer technisch oder wirtschaftlich besseren Lösung seine Chancen auf Auftragserteilung verbessern. Er übernimmt hierdurch allerdings für die Planung, technische Gestaltung, Kalkulation und praktische Ausführung die Verantwortung.

OLG Naumburg, Urteil vom 30.03.2016, Az.: 12 U 97/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.08.2018, Az.: VII ZR 110/16); ZfBR 2019, 519 = IBR 2019, 244

\*\*\*\*\*

### 4. *Mängelhaftung nach Verlängerung der Gewährleistungsfrist im Abnahmeprotokoll*

1. (...)
2. Für die Kürzung des Anspruchs wegen eines Planungsfehlers des Auftraggebers kommt es auch darauf an, ob der Auftragnehmer den Planungsfehler hätte erkennen können.
3. Ausnahmsweise haftet der Bauunternehmer trotz eines Planungsfehlers des Architekten auf die gesamten Mängelbeseitigungskosten, wenn der Schaden sowohl durch einen Planungsfehler des Architekten als auch durch einen Ausführungsfehler des Bauunternehmers entstanden ist und der Ausführungsfehler des Bauunternehmers entstanden ist und der Ausführungsfehler für sich betrachtet den Schaden in vollem Umfang herbeigeführt hätte.

OLG Bamberg, Urteil vom 26.06.2018, Az.: 5 U 99/15; NJW 2018, 3397 = NZBau 2019, 59 = IBR 2018, 498

\*\*\*\*\*

### 5. *Unternehmer bessert nach: Fehlerhaft planender Architekt muss zahlen!*

1. Im Umfang des dem Besteller nach §§ 254, 278 BGB als Mitverschulden zuzurechnenden Planungsfehlers besteht zwischen dem Unternehmer und dem planenden Architekten mangels Haftung des Unternehmers keine Gesamtschuld.
2. Soweit zwischen Unternehmer und planendem Architekten im Umfang des Haftungsanteils des Unternehmers ein Gesamtschuldverhältnis vorliegt, findet ein Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 1 und 2 BGB nicht statt. Der Verursachungsanteil des Planers im Innenverhältnis entspricht dem den Unternehmer befreienden Mitverschuldensanteil.
3. Beseitigt der Unternehmer den Mangel ohne sich gegenüber dem Besteller auf ein Mitverschulden des planenden Architekten zu berufen und wird dadurch der Architekt von seiner Haftung gegenüber dem Besteller frei, kann dem Unternehmer ein

Ausgleichsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Rückgriffskondition gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB) zustehen.

OLG Köln, Urteil vom 19.12.2018, Az.: 11 U 110/16; NJW 2019, 1686 = NZBau 2019, 514 = IBR 2019, 204

\*\*\*\*\*

## 6. Umfang des Planungsfeststellungsschadens bei günstigerer Mängelbeseitigungsausführung

1. (...)

3. Die Minderung des Schadensersatzanspruchs eines Bauherrn gegen einen mit Bau- oder Architektenvertrag beauftragten Baubeteiligten (§ 254 bzw. §§ 254, 278) kommt nur in Betracht, wenn der Bauherr durch einen aktiven Beitrag (fehlerhafte Anweisung oder Information bzw. Übergabe einer fehlerhaften Planung) den Schaden mitverursacht hat, nicht aber wenn er die Leitung, Planung oder Überwachung des Baugeschehens lediglich unterlassen hat.

Kammergericht, Urteil vom 01.02.2019, Az.: 21 U 70/18; BauR 2019, 1818 = NJW-RR 2019, 917 = NZBau 2019, 593 = IBR 2019, 268

\*\*\*\*\*

## 7. Minderverschuldensabzug für Planungsfehler bei nicht zugegangenem Bedenkenhinweis

1. Der Auftragnehmer haftet für Mängel der Leistung gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B auch dann, wenn der Mangel auf die Leistungsbeschreibung/Planung des Auftraggebers zurückzuführen ist. Von seiner Haftung kann er sich befreien, wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht hat. Die fehlende Bedenkenanmeldung führt allerdings nicht zu einer alleinigen Haftung des Auftragnehmers, vielmehr gilt der Grundsatz der Berücksichtigung eines Mitverschuldens auch im Fall einer unterlassenen Bedenkenanmeldung. Insoweit hat auch beim Nacherfüllungsanspruch eine Abwägung zwischen der Fehlplanung des Auftraggebers und dem unterlassenen Bedenkenhinweis zu erfolgen (§ 254 BGB analog).

2. (...)

3. Der Auftragnehmer wird von seiner Einstandspflicht für eine fehlerhafte Ausführung einer Schottertragschicht, die zu Setzungen geführt hat, nicht deshalb befreit, weil eine (den Beteiligten nicht bekannte) weitere Ursache im tieferen Untergrund die aufgetretenen Setzungserscheinungen begünstigt haben kann. Eine solche weitere Ursache führt jedenfalls hier auch nicht deshalb zu einer Mithaftung des Auftraggebers, weil es sich bei einem nicht erkennbaren Baugrundrisiko um seinen Risikobereich und damit seine Verantwortung handeln könnte.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 19.03.2019, Az.: 21 U 118/16; NZBau 2019, 720 = NJW-RR 2019, 1109 = IBR 2019, 489

\*\*\*\*\*

## 8. Verjährung von mangelbezogenen Erfüllungsansprüchen erst ab Abnahme

1. (...)
7. Übernimmt der Bauunternehmer die Ausführung in Kenntnis dessen, dass der Besteller keine erforderliche Detailplanung zur Verfügung stellt, kann er sich ohne einen entsprechenden Bedenkenhinweis nicht auf ein Mitverschulden des Bestellers berufen. Ebenso wenig entlastet ihn eine fehlerhafte Planung, wenn er diese überhaupt nicht umgesetzt hat.

OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 24 U 14/18; NJW 2019, 3240 = NZBau 2019, 709 = ZfBR 2019, 570 = IBR 2019, 425

\*\*\*\*\*

## 12. Gewährleistungsfristen/Verjährung

### 1. Einbau einer Photovoltaikanlage anlässlich der Kernsanierung eines Gebäudes ist Arbeit beim Bauwerk

1. Zur Anwendbarkeit der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB bei der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen für den Einbau einer in die Fassade integrierten Photovoltaikanlage bei der grundlegenden Umgestaltung eines Bürogebäudes in ein Studentenwohnheim.
2. Wird ein als Bürogebäude genutztes Bestandsgebäude vollständig entkernt, für die die Nutzung als Studentenwohnheim neu aufgebaut und mit unterschiedlich gestalteten Wohneinheiten nebst Küche und Bad ausgestattet, handelt es sich um eine grundlegende Erneuerung des Gesamtgebäudes, die einer teilweisen oder vollständigen Neuerrichtung des Gebäudes gleichsteht.
3. Der Einbau einer Photovoltaikanlage, die im Rahmen dieser grundlegenden Umgestaltung in das Studentenwohnheim über mehrere Stockwerke hinweg in die Fassade integriert wird, stellt einen Teilbereich der grundlegenden Erneuerung des Gesamtgebäudes dar, weshalb Ansprüche wegen Mängeln der Planung der Photovoltaikanlage der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB unterliegen.
4. (..)

BGH, Urteil vom 10.01.2019, Az.: VII ZR 184/17; BauR 2019, 850 = NJW 2019, 1593 = NZBau 2019, 442 = ZfBR 2019, 355 = IBR 2019, 203

\*\*\*\*\*

### 2. "Der Mangel ist behoben": Verjährung der Mängelansprüche beginnt neu!

1. Erklärt der Auftragnehmer, dass die Mängelbeseitigung stattgefunden hat und der Mangel behoben worden ist, liegt darin ein die Verjährung der Gewährleistungsansprüche unterbrechendes Anerkenntnis.
2. Das Anerkenntnis erfasst die sich aus der eigentlichen Mangelursache ergebenden Ansprüche, nicht nur die erkannten Mangelerscheinungen.

OLG München, Beschluss vom 08.08.2016, Az.: 28 U 1483/16 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 25.04.2018, Az.: VII ZR 222/16); IBR 2019, 131

\*\*\*\*\*

### 3. Kündigung durch Subplaner-Beauftragung: Vorsicht Verjährungsfalle!

1. (...)
4. Auch ohne Abnahme beginnt im Zeitpunkt der Weiterbeauftragung die Verjährung von Mängelansprüchen des Auftraggebers aus dem gekündigten Vertrag.

OLG München, Urteil vom 06.09.2016, Az.: 28 U 4158/15 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.06.2019, Az.: VII ZR 255/16); IBR 2019, 624

\*\*\*\*\*

### 4. Mängelhaftung nach Verlängerung der Gewährleistungsfrist im Abnahmeprotokoll

1. Einträge zum Beginn und zum Ende der Gewährleistungsfrist in einem Abnahmeprotokoll können als Vertragsänderung auszulegen sein, unabhängig davon, ob der Bauunternehmer es ohne nähere diesbezügliche Prüfung unterschrieben hat.
2. (...)

OLG Bamberg, Urteil vom 26.06.2018, Az.: 5 U 99/15; NJW 2018, 3397 = NZBau 2019, 59; IBR 2018, 498

\*\*\*\*\*

### 5. Auch bei Deliktshaftung wegen Baumängeln: Keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten!

1. Arglistig verschweigt", wer sich bewusst ist, dass ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragspartners erheblich ist, nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und ihn trotzdem nicht offenbart (BGH, Urteile vom 20.12.1973 – VII ZR 184/72, BGHZ 62, 63, 66, und vom 12.03.1992 – VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318 f.). Arglistiges Verschweigen erfordert nicht, dass der Unternehmer bewusst die Folge der vertragswidrigen Ausführung in Kauf genommen hat. Es verlangt keine Schädigungsabsicht und keinen eigenen Vorteil. Es genügt, wenn dem Unternehmer die vertragswidrige Ausführung und das damit einhergehende Risiko bewusst ist (BGH, Urte. v. 5.8.2010 – VII ZR 46/19, NZBau 2010, 771; Urte. v. 08.03.2012 – VII ZR 116/10, NZBau 2012, 359). Auch handelt arglistig, wer auf Fragen des Auftraggebers ohne tatsächliche Anhaltspunkte unrichtige Angaben über die Mängelfreiheit macht (BGH, Urte. v. 7.9.2006 – VIII ZR 209/05, NJW 2006, 2839). Verwendet der Unternehmer in bewusster Abweichung von der Vereinbarung einen neuen, nicht erprobten Baustoff, so genügt er seiner Mitteilungspflicht gegenüber dem Besteller nur dadurch, dass er ihn darauf und auf das mit der Verwendung dieses Baustoffes verbundene Risiko hinweist (BGH, Urte. v. 23.5.2002 – VII ZR 219/01).
2. (...)

OLG Köln, Urteil vom 31.10.2018, Az.: 11 U 166/17; BauR 2019, 974 = IBR 2019, 188

\*\*\*\*\*

*6. Mängelbeseitigung im Rahmen der Garantie: Läuft die Gewährleistungsfrist neu?*

1. Bei einem Mängelbeseitigungsversuch des Verkäufers kann ausnahmsweise ein Neubeginn der Verjährung gem. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB angenommen werden, wenn es sich um denselben Mangel oder um die Folgen einer mangelhaften Nachbesserung handelt und die betreffenden Maßnahmen unter Berücksichtigung des Einzelfalls als konkludentes Anerkenntnis der Mängelbeseitigungspflicht des Verkäufers anzusehen sind (in Anknüpfung u. a. an BGH, IBR 2006, 446).
2. Wird der Verkäufer im Rahmen eines Garantieauftrags tätig, ist damit nicht konkludent die Erklärung verbunden, auch im Rahmen einer etwaigen Gewährleistungspflicht tätig werden zu wollen oder sich zur Gewährleistung verpflichtet zu sehen.

OLG Koblenz, Beschluss vom 06.11.2018, Az.: 1 U 678/18; IBR 2019, 106

\*\*\*\*\*

*7. Schwarzgeldabrede, Verjährungshemmung durch bezifferte Schadensersatzklage*

1. (...)
2. Die verjährungshemmende Wirkung einer Klage des Bestellers auf Vorfinanzierung der Mängelbeseitigungskosten in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abrechenbaren Betrags (Schadensersatz) beschränkt sich nicht auf den eingeklagten Betrag, sondern erstreckt sich auch auf spätere Erhöhungen, ungeachtet dessen, worauf sie zurückzuführen sind, sofern sie nur denselben Mangel betreffen.
3. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 23.01.2019, Az.: 4 U 59/15; NJW 2019, 2784 = NZBau 2019, 445 = IBR 2019, 206

\*\*\*\*\*

*8. Keine Mängelhaftung durch die Hintertür!*

1. (...)
3. Die Arglisthaftung setzt dreierlei voraus: das Vorliegen eines offenbarungspflichtigen Mangels, die Kenntnis hiervon und die Verheimlichung.
4. Dem arglistigen Verschweigen eines Mangels steht eine Verletzung der Organisationsobliegenheit gleich, die darin besteht, dass der Unternehmer, der ein Werk arbeitsteilig herstellen lässt, nicht die organisatorischen Voraussetzungen schafft, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Werk bei Ablieferung mangelfrei ist.

OLG Brandenburg, Urteil vom 30.01.2019, Az.: 4 U 139/17; IBR 2019, 314

\*\*\*\*\*

**9. Terrassenanlage; Verjährung für Mängelrechte vor der Abnahme**

1. (...)
2. Die Verjährung von Mängelrechten aus § 634 BGB vor der Abnahme beginnt frühestens mit dem Übergang in ein Abrechnungsverhältnis, das zur Geltendmachung dieser Ansprüche vor der Abnahme berechtigt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2019, Az.: 5 U 91/18; BauR 2019, 1616 = NJW 2019, 2944 = NZBau 2019, 775 = IBR 2019, 487

\*\*\*\*\*

**10. Feststellungsurteil für bestimmte Sanierungsart erfasst keine abweichende Sanierung!**

1. Die Bindungswirkung eines wegen fehlerhafter Architektenplanung erstrittenen Feststellungstitels, der auf den Ersatz weiterer Schäden für eine konkrete Maßnahme zur Beseitigung der im Bauwerk verkörperten Mängel gerichtet ist, erstreckt sich nicht auf eine sich später als notwendig herausstellende gänzlich andere Art der Mängelbeseitigung. Insoweit handelt es sich um verschiedene Streitgegenstände.
2. Angesichts der verschiedenen Streitgegenstände steht § 322 ZPO der Geltendmachung dieser anderen Mängelbeseitigungsmaßnahme auf Grundlage des ursprünglichen Architektenvertrags nicht entgegen. Der Bauherr trägt das Risiko der Verjährung dieses Anspruchs.

OLG Oldenburg, Urteil vom 27.08.2019, Az.: 2 U 102/19; IBR 2019, 711

\*\*\*\*\*

**XII. Verjährung (allgemein)**

**1. Erfüllungsanspruch verjährt nicht vor Mängelbeseitigungsanspruch!**

1. (...)
5. Der auf die Herstellung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch des Auftraggebers verjährt – anders als der Erfüllungsanspruch im Übrigen – nicht früher als der nach Abnahme bestehende Nacherfüllungsanspruch, da mit der Abnahme sich dieser Erfüllungsanspruch in den Nacherfüllungsanspruch umwandelt
6. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 24 U 14/18; NJW 2019, 3240 = NZBau 2019, 709 = ZfBR 2019, 570 = IBR 2019, 425

\*\*\*\*\*

## 2. Verjährung der Mängelansprüche aus Fehlern baubezogener Gutachten

1. Ansprüche aus Mängeln eines Privatgutachtens, das der Besteller zur Überprüfung der Bauleistung des Bauunternehmers eingeholt hat, verjähren in der Fünfjahresfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.
2. Der Privatgutachter erkennt die Fehlerhaftigkeit seines Gutachtens nicht dadurch im verjährungsrechtlichen Sinne an, dass er gegen das die Fehlerhaftigkeit zulasten seiner Hauptpartei feststellende Berufungsurteil keine Nichtzulassungsbeschwerde einlegt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 19.07.2019, Az.: 7 U 164/18; NJW-RR 2019, 1358 = NZBau 2019, 783 = IBR 2019, 705

\*\*\*\*\*

### XIII. Allgemeine Schadensersatzansprüche

#### 1. Sicherungspflichten des Bauherrn

1. Zu den Schutzpflichten des Bauherrn und Auftraggebers gehört in entsprechender Anwendung der §§ 618, 619 BGB konkret auch die Pflicht, die Arbeitsräume, in denen der Werkunternehmer bzw. dessen Arbeitnehmer tätig sein soll, in einem sicheren Zustand zur Verfügung zu stellen.
2. Die grundsätzlich bestehende Möglichkeit des Bauherrn, seine ihn originär treffenden Sicherungspflichten abzubedingen bzw. diese aufgrund rechtsgeschäftlicher Regelungen auf einen Dritten zu übertragen, erfährt in (analoger) Anwendung der §§ 618, 619 BGB eine gravierende Einschränkung, wenn es um den Schutz des abhängigen Arbeitnehmers des mit dem Bauherrn über einen Werkvertrag verbundenen Auftragnehmers geht. In entsprechender Anwendung des § 618 BGB, der unmittelbar dienstvertragsrechtlich die Schutzpflichten des Dienstberechtigten gegenüber dem Dienstverpflichteten regelt, ergibt sich im Rahmen eines Werkvertrages die vertragliche Verpflichtung des Bauherrn gegenüber dem Auftragnehmer, die Baustelle in einem sicheren Zustand zur Verfügung zu stellen. Der Besteller kann diese gegenüber dem Werkunternehmer im Hinblick auf die Sicherheit der Baustelle bestehende Fürsorge-, Schutz- und Sicherungspflichten wegen der ebenfalls entsprechend anzuwendenden Regelung des § 619 BGB nur im Verhältnis zu einem selbständigen (Werk-)Unternehmer abbedingen oder einem Dritten auferlegen kann, jedoch nicht, soweit der Schutz des abhängigen Arbeitnehmers betroffen ist, der für den Werkunternehmer tätig geworden ist.
3. Zur Reduzierung bzw. zum Wegfall der Haftung des Bauherrn nach den Grundsätzen der gestörten Gesamtschuld.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.02.2017, Az.: I-21 U 223/14; BauR 2019, 842 = IBR 2019, 137

\*\*\*\*\*

#### 2. Auch bei Deliktshaftung wegen Baumängeln: Keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten!

1. (...)
2. Die Rechtsprechung des BGH zum Ausschluss fiktiver Mängelbeseitigungskosten im Werkvertrag (BGH, IBR 2018, 196) gilt auch für die Durchgriffshaftung des Geschäftsführers einer Bauunternehmung wegen Baumängeln aus § 826 BGB.



OLG Köln, Urteil vom 31.10.2018, Az.: 11 U 166/17; BauR 2019, 974 = IBR 2019, 188

\*\*\*\*\*

#### XIV. Gesamtschuldner(ausgleich)

##### 1. Die Tätigkeit eines Qualitätskontrolleurs ist werkvertragliche Tätigkeit

1. (...)
2. Beauftragt eine Bauträgerin neben einem Generalplaner mit umfassenden Planungs- und Bauüberwachungsleistungen einen Dritten mit der Vornahme einzelner Qualitätskontrollen, besteht zwischen dem Generalplaner und dem Qualitätskontrolleur kein Gesamtschuldverhältnis hinsichtlich Ansprüchen wegen Mängeln an den errichteten Gebäuden.
3. Eine gesamtschuldnerische Haftung des Bauplaners und -überwachers mit dem Qualitätskontrolleur ist lediglich insoweit möglich, als es infolge einer verspäteten Aufdeckung etwaiger Baumängel für den Bauherrn zu Mehrkosten kommt.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.09.2017, Az.: 10 U 77/17; BauR 2019, 854 = IBR 2019, 264

\*\*\*\*\*

##### 2. Architekt verlangt Gesamtschuldnerausgleich: Weder Verjährung noch Einreden helfen!

1. Der mit der Planung beauftragte Architekt und der mit der Ausführung betraute Auftragnehmer haften dem Bauherrn für planungsbedingte Baumängel als Gesamtschuldner.
2. Vergleichen sich Architekt und Bauherr wegen eines planungsbedingten Baumangels auf die Zahlung eines "Abfindungsbetrags", kann der Architekt - unter Berücksichtigung eines Mitverursachungsanteils - einen Teil dieses Betrags vom Auftragnehmer ersetzt verlangen.
3. Dem Ausgleichsanspruch des Architekten steht nicht entgegen, dass der Anspruch des Bauherrn gegen den Auftragnehmer inzwischen verjährt ist. Der ausgleichspflichtige Auftragnehmer kann dem Architekten auch nicht entgegenhalten, dieser hätte gegenüber dem Bauherrn eine Einrede erheben können.

OLG Koblenz, Beschluss vom 25.01.2018, Az.: 2 U 664/16; IBR 2019, 67

\*\*\*\*\*

##### 3. In welchem Verhältnis haften Planer und Bauunternehmer für planungsbedingte Baumängel?

1. Ein Gesamtschuldverhältnis entsteht zwischen einem Architekten und einem Bauunternehmer, wenn beide zum Entstehen eines Mangels am Bauwerk beigetragen haben. Auf welche Weise der Mangel beseitigt wird, ist für das Entstehen einer Gesamtschuld unerheblich.
2. Beim Gesamtschuldner-Innenausgleich zwischen einem Architekten und einem Bauunternehmer richtet sich die Höhe nach den jeweiligen Verursachungsbeiträgen beider Gesamtschuldner, wobei jeweils diejenige Partei, die eine überwiegende

Verursachung eines Mangels am Bauwerk durch die andere Partei behauptet, einen über den jeweiligen Kopfteil hinausgehenden Verursachungsanteil des anderen Gesamtschuldners zu beweisen hat.

3. Ein planerisches Mitverschulden ist im Gesamtschuldnerausgleich (nur dann) zu berücksichtigen, wenn der Unternehmer das planerische Mitverschulden gegenüber dem Bauherrn nicht mit Erfolg eingewendet hat.
4. Im Verhältnis zwischen einem planenden und/oder überwachenden Architekten und einem Bauunternehmer gibt es keine Vermutung für ein Übergewicht eines bestimmten Verursachungsanteils (Planungsverschulden, Überwachungsverschulden oder Ausführungsverschulden). Vielmehr hat die Gewichtung der Haftungs- und Verantwortungsanteile unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles individuell zu erfolgen.
5. Die Festlegung der Haftungsverteilungsquote und damit die Bewertung und Gewichtung der einzelnen festgestellten Verursachungsbeiträge ist als Rechtsfrage vom Gericht eigenständig zu entscheiden. Grundlage hierfür können Ausführungen eines Sachverständigen zur Bedeutung eines Mitverursachungsanteils aus (bau-)technischer Sicht sein.
6. Die Verursachungsanteile der einzelnen Gesamtschuldner können mit einem Punktesystem ermittelt werden, das die Bedeutung des Verursachungsbeitrags im Bauablauf und für die Höhe des Schadens sowie den Grad des Verschuldens berücksichtigt.

OLG Stuttgart, Urteil vom 31.07.2018, Az.: 10 U 150/17; BauR 2019, 996 = IBR 2019, 265

\*\*\*\*\*

#### 4. *Unternehmer bessert nach: Fehlerhaft planender Architekt muss zahlen!*

1. Im Umfang des dem Besteller nach §§ 254, 278 BGB als Mitverschulden zuzurechnenden Planungsfehlers besteht zwischen dem Unternehmer und dem planenden Architekten mangels Haftung des Unternehmers keine Gesamtschuld.
2. Soweit zwischen Unternehmer und planendem Architekten im Umfang des Haftungsanteils des Unternehmers ein Gesamtschuldverhältnis vorliegt, findet ein Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 Abs. 1 und 2 BGB nicht statt. Der Verursachungsanteil des Planers im Innenverhältnis entspricht dem den Unternehmer befreienden Mitverschuldensanteil.
3. Beseitigt der Unternehmer den Mangel ohne sich gegenüber dem Besteller auf ein Mitverschulden des planenden Architekten zu berufen und wird dadurch der Architekt von seiner Haftung gegenüber dem Besteller frei, kann dem Unternehmer ein Ausgleichsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Rückgriffskondiktion gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB) zustehen.

OLG Köln, Urteil vom 19.12.2018, Az.: 11 U 110/16; NJW 2019, 1686 = NZBau 2019, 514 = IBR 2019, 204

\*\*\*\*\*

**5. *Architekt muss Mängelbeseitigung gegen Bezahlung verhindern!***

1. Das Innenverhältnis zwischen mehreren Gesamtschuldern ist ein gesetzliches Schuldverhältnis, aus dessen Verletzung sich Ansprüche gem. § 280 BGB wegen Pflichtverletzung ergeben können.
2. Kommt ein Bauunternehmer seiner Verpflichtung gegenüber dem Bauherrn zur unentgeltlichen Nachbesserung nicht nach, sondern führt er die Nacherfüllung nur gegen Vergütung aus, stellt dies auch im Gesamtschuldner-Innenverhältnis des Bauunternehmers und des bauüberwachenden Architekten eine Pflichtverletzung dar.
3. Der Anspruch des anderen Gesamtschuldners, hier des Architekten, ist zunächst darauf gerichtet, dass der Bauunternehmer der Verpflichtung zur unentgeltlichen Mängelbeseitigung nachkommt. Er wandelt sich in einen Zahlungsanspruch um, wenn der Bauunternehmer die Nachbesserungsleistungen dem Bauherrn in Rechnung stellt und dieser Zahlungen erbringt.
4. Die Verjährung des sich aus dieser Pflichtverletzung ergebenden Anspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB richtet sich nach §§ 195, 199 BGB. Der Anspruch unterliegt unabhängig von seiner Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch einer einheitlichen Verjährung.
5. Nicht erforderlich für den Verjährungsbeginn ist, dass der Gläubiger den Vorgang rechtlich zutreffend beurteilt.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.01.2019, Az.: 10 U 223/18; BauR 2019, 1800 = NJW 2019, 2621 = NZBau 2019, 730 = ZfBR 2019, 469 = IBR 2019, 332

\*\*\*\*\*

**XV. Bauhandwerkersicherungshypothek (§ 648 BGB a.F./§ 650e BGB)**

**1. *Kein Anspruch auf Bauhandwerkersicherungshypothek gegen Universität!***

Ein Bauunternehmer hat keinen Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 648 Abs. 1 BGB a.F., wenn der Besteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist.

OLG Köln, Beschluss vom 17.04.2019, Az.: 16 U 20/19; BauR 2020, 130 = IBR 2019, 490

\*\*\*\*\*

**XVI. Bauhandwerkersicherheitsleistung (§ 648a BGB a.F./§ 650f BGB)**

**1. *Kein Sicherungsanspruch für Arbeiten zur Freimachung des Baugrundstücks***

1. Unternehmer mit einem Sicherungsanspruch i.S.v. § 648a BGB ist nicht, wer nur mit sonstigen Arbeiten beauftragt ist, die lediglich dazu dienen, ein Baugrundstück zur Bebauung frei zu machen. Arbeiten, die der Regelung des § 648a BGB unterfallen, müssen wenigstens im weitesten Sinn den Arbeiten am Bauwerk vergleichbar sein. Deshalb muss es sich um gestalterische Arbeiten handeln, die der Errichtung der Anlage oder deren Bestand dienen.
2. Allgemeine Arbeiten, die nur dazu dienen, das Grundstück für eine Bebauung frei zu machen (hier: Entfernung und Dekontaminierung von Haldenmaterial), unterfallen nicht dem Schutzzweck des § 648a BGB.

OLG Celle, Hinweisbeschluss vom 07.07.2015, Az.: 14 U 65/15; BauR 2019, 257

\*\*\*\*\*

*2. Streit um Kündigung: Im § 648a-Sicherungsprozess gilt Sichtweise des Auftragnehmers!*

1. Ein Streit darüber, ob eine vom Auftraggeber erklärte Kündigung des Bauvertrags als außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund anzuerkennen ist oder als freie Kündigung gilt, ist im Prozess zur Erlangung einer Bauhandwerkersicherheit im Sinne des Auftragnehmers aufzulösen.
2. Ein Sicherheitsbedürfnis des Auftragnehmers gem. § 648a BGB a.F. besteht auch dann, wenn die zu sichernde Forderung bereits gerichtlich tituliert, aber noch nicht bezahlt ist.

Kammergericht, Urteil vom 20.02.2018, Az.: 7 U 40/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.11.2018, Az.: VII ZR 62/18); IBR 2019, 377

\*\*\*\*\*

*3. Schlüssige Darlegung eines Anspruchs auf Sicherheit gem. § 648a BGB a.F.*

1. Gemäß § 648a BGB a.F. kann der Bauunternehmer vom Besteller Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen, die mit 10% des zu sichernden Vergütungsanspruchs anzusetzen sind, verlangen. Auch nach einer Kündigung des Bauvertrages kann der Unternehmer eine solche Sicherheit verlangen.
2. Sind die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des dargelegten Vergütungsanspruchs streitig, ist dem Unternehmer für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren, es sei denn die Klärung der Streitfragen führt nicht zu einer Verzögerung des Rechtsstreits.
3. Bei Streit über den vertraglichen Anspruchsgrund genügt eine schlüssige Darlegung hingegen nicht. Vielmehr ist hierüber gegebenenfalls Beweis zu erheben. Das bedeutet, dass das Gericht bei Streit über Nachträge oder die Anordnung von Zusatzleistungen oder Stundenlohnarbeiten (im Wege der Beweisaufnahme) feststellen muss, ob dem Unternehmer der geltend gemachte zusätzliche Vergütungsanspruch zusteht.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.06.2018, Az.: 8 U 102/16; BauR 2019, 674 = NJW-RR 2018, 1292 = NZBau 2019, 56 = IBR 2018, 683

\*\*\*\*\*

*4. Macht die Forderung nach einer Bürgschaft das § 648a BGB-Sicherungsverlangen unwirksam?*

Fordert der Auftragnehmer den Auftraggeber dazu auf, eine Bürgschaft gem. § 648a BGB a.F. (§ 650f BGB) zu stellen, ist das Sicherungsverlangen nicht unwirksam, wenn es erkennen lässt, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit verbleibt, eine andere zulässige Sicherheit zu stellen. Hierzu reicht die Bezugnahme auf § 648a Abs. 2 BGB a.F. aus.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.07.2018, Az.: 22 U 83/17; IBR 2019, 426

\*\*\*\*\*

5. *Wie lange muss die Frist zur Stellung einer § 648a-BGB-Sicherheit bemessen sein?*

Eine Frist von sieben bis 10 (Kalender-)Tagen i.S.v. § 648a BGB a.F. reicht regelmäßig aus; entscheidend ist, in welcher Zeit ohne schuldhaftes Zögern eine Sicherheit (bei der Bank) besorgt werden kann bzw. ob die Rechtslage schwierig (und gegebenenfalls aus welchen Gründen) und ob eine anwaltliche Beratung notwendig ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.07.2018, Az.: 22 U 83/17; IBR 2019, 427

\*\*\*\*\*

6. *Auch Nachunternehmer sind "Unternehmer eines Bauwerks"!*

1. Auch Nachunternehmer sind "Unternehmer eines Bauwerks" und haben gegenüber ihrem Auftraggeber, dem Hauptauftragnehmer, gem. § 648a BGB a.F. bzw. § 650f BGB einen Anspruch auf Sicherheit für die auch in Zusatzaufträgen vereinbarte und noch nicht gezahlte Vergütung.
2. Der Nachunternehmer kann die Sicherheit selbst dann noch verlangen, wenn die Arbeiten bereits vollständig abgeschlossen und gegebenenfalls sogar abgenommen worden sind.
3. Verlangt der Nachunternehmer für die ihm zustehende Vergütung eine § 648a BGB-Sicherheit, muss er die Höhe seines Vergütungsanspruchs schlüssig darlegen (Anschluss an BGH, IBR 2014, 345).

OLG Dresden, Urteil vom 20.09.2018, Az.: 10 U 1729/17; IBR 2019, 554

\*\*\*\*\*

7. *VOB-Vertrag: Einrede des nichterfüllten Vertrags wegen Sachmängeln bei Nichtleistung der Bauhandwerkersicherung; Kürzung des Werklohnanspruchs um die Mangelbeseitigungskosten bei fehlerhafter Annahme eines Abrechnungsverhältnisses; Ausschluss der Abnahmefiktion*

1. Die Einrede des nichterfüllten Vertrags wegen vorhandener Sachmängel steht dem Besteller grundsätzlich auch dann zu, wenn er die verlangte Bauhandwerkersicherung nicht leistet.
2. Die Einrede des nichterfüllten Vertrags erlischt, wenn der Unternehmer den Bauvertrag wegen Nichtleistung der Bauhandwerkersicherung kündigt. Er kann dann, ohne die Mängel beseitigen zu müssen, die - regelmäßig nach § 648a Abs. 5 Satz 2 BGB (= § 650f BGB in der Fassung vom 28. April 2017) reduzierte - Vergütung verlangen.
3. Folge des fruchtlosen Sicherungsverlangens ist, dass der Unternehmer berechtigt ist, die Leistung einzustellen (§ 648a Abs. 5 S. 1 1. Alt. BGB). Das Recht, die weitere Leistung zu verweigern, hängt nicht davon ab, dass der Unternehmer die Einstellung der Arbeiten im Sicherungsverlangen ankündigt. Es führt dazu, dass der Unternehmer nicht in Verzug geraten kann. Das bedeutet, dass der Besteller im Fall des Bestehens eines Leistungsverweigerungsrechts des Unternehmers weder die Voraussetzungen für eine Selbstvornahme auf Kosten des Unternehmers schaffen (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2009 – VII ZR 9/08, juris Rn. 14 f.) noch einen anderen auf Zahlung gerichteten Anspruch herbeiführen kann, der den fruchtlosen Ablauf

einer Frist zur Mängelbeseitigung voraussetzt. Die Aufforderung, Mängel binnen angemessener Frist zu beseitigen, geht in diesen Fällen nämlich ins Leere.

4. (...)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018, Az.: 8 U 55/17; BauR 2019, 1937 = NJW 2019, 2098 = NZBau 2019, 370 = IBR 2019, 316

\*\*\*\*\*

#### 8. Höhe der Sicherheitsleistung im Urteil auf Bauhandwerkersicherheit

Der Schaden, der durch die Sicherheitsleistung gemäß § 709 Satz 1 ZPO abgedeckt werden soll, ist in Höhe der Bauhandwerkersicherheitsleistung nach § 648a BGB (in der Fassung vom 23. Oktober 2008) nebst zusätzlich rund 10% (Kostenzuschlag und mögliche weitere Vollstreckungsschäden) zu bemessen.

OLG Hamm, Urteil vom 09.01.2019, Az.: 12 U 123/18; BauR 2019, 1657 = NJW 2019, 1755 = NZBau 2019, 176 = IBR 2019, 135

\*\*\*\*\*

#### 9. Sicherheit nach § 648a Abs. 1 BGB a.F. auch nach Kündigung durch den Auftragnehmer!

Der Auftragnehmer hat nach fruchtlosem Verstreichen der Frist ein Wahlrecht, ob er lediglich die Sicherheit weiterhin verlangt oder ob er kündigt und die Sicherheit weiterhin verlangt.

OLG Hamburg, Urteil vom 07.02.2019, Az.: 4 U 103/18; IBR 2019, 376

\*\*\*\*\*

#### 10. Feststellung zur Insolvenztabelle als Abnahme der Werkleistung

1. Der Vertrag über die Planung, die Anfertigung und den Einbau einer Haustreppenanlage aus Stahl und Holz ist als Werkvertrag einzuordnen.
2. Der Bürge, der die Zahlungsvoraussetzungen des § 648a Abs. 2 S. 2 BGB sinngemäß in der Bürgschaftsurkunde wiedergibt, verzichtet damit nicht auf Einwendungen.
3. (...)

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 25.02.2019, Az.: 29 U 81/18; NJW 2019, 2332 = NZBau 2019, 584 = IBR 2019, 372

\*\*\*\*\*

#### 11. Erste Kündigung beendet den Vertrag!

1. (...)
3. Erklärt der Auftraggeber, er sehe die (objektiv zu Recht erfolgte) Anforderung einer Sicherheit gem. § 648a BGB a.F. als "gegenstandslos" an, steht dies einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung der Sicherheit gleich und begründet zeitgleich (und noch vor Fristablauf) ein Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.04.2019, Az.: 22 U 62/18; IBR 2019, 417

\*\*\*\*\*

### *12. Umfassende weitere Anwendbarkeit der HOAI unter Vertragspartnern*

1. (...)
2. Die Höhe der dem Auftragnehmer zustehenden Bauhandwerkersicherung bemisst sich nach der schlüssig vorgetragene Vergütung. Eine diese unterschreitende richterliche Schätzung kommt nicht in Betracht (gegen KG, NJW 2019, 683).

OLG München, Hinweisbeschluss vom 08.10.2019, Az.: 20 U 94/19; NJW 2019, 3652

\*\*\*\*\*

## **XVII. Arbeitsgemeinschaften/BGB-Gesellschaften**

### *1. Abschluss eines Dach-ARGE-Vertrags: Klageverzicht bis zur Schlusszahlung!*

1. Der Dach-ARGE-Vertrag der Bauindustrie enthält einen wirksamen Verzicht auf gerichtliche Geltendmachung der Forderung als Auftragnehmer. Der vertragliche zeitweilige Verzicht der Gesellschafter einer Dach-ARGE auf jedwede gerichtliche Geltendmachung strittiger Forderungen gegen die ARGE wirkt für bereits entstandene Forderungen des Gesellschafters grundsätzlich auch dann fort, wenn dieser als Gesellschafter der Dach-ARGE ausscheidet.
- 2.. Der aus einer Dach-ARGE ausgeschiedene Partner kann seine Forderung als Nachunternehmer ungeachtet seiner ehemaligen Gesellschafterstellung gegen die ARGE geltend machen. Der Geltendmachung einer Werklohnforderung des Nachunternehmer-Gesellschafters einer Dach-ARGE steht eine sog. "Durchsetzungssperre" nicht entgegen, wenn die Zahlung dieser Nachunternehmerrechnungen nach dem Dach-ARGE-Vertrag zu den laufenden Ausgaben der ARGE gehören soll.

OLG Hamm, Urteil vom 07.06.2019, Az.: 12 U 101/18; IBR 2019, 432 und 433

\*\*\*\*\*

## **XVIII. Rügepflichten nach HGB**

### *1. Bauunternehmer muss angelieferten Beton prüfen!*

1. Ein Vertrag über die Herstellung und Lieferung von Frischbeton ist ein Werklieferungsvertrag, auf den die kaufrechtlichen Vorschriften Anwendung finden.
2. Sind beide Vertragsparteien Kaufleute, muss der Bauunternehmer den angelieferten Frischbeton untersuchen und etwaige Mängel unverzüglich rügen.
3. Auch eine unverzügliche Rüge nach Durchführung einer Dichtheits- und Druckfestigkeitsbestimmung, die erst nach der Mindestaushärtungsdauer von 28 Tagen möglich ist, kann rechtzeitig sein.

OLG Köln, Urteil vom 02.09.2016, Az.: 19 U 47/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.06.2019, Az.: VII ZR 326/16); IBR 2019, 609

\*\*\*\*\*

## B. Bauvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der VOB

### I. VOB-Anwendungsbereich

#### 1. Bauvertrag nach BGB oder VOB/B?

1. Will der Auftragnehmer die VOB/B in den Bauvertrag mit einem privaten Auftraggeber einbeziehen, muss er diesem einen Text der VOB/B aushändigen. Das gilt nicht, wenn der Auftraggeber bei Vertragsabschluss durch einen Architekten vertreten wurde.
2. Eine wirksame Einbeziehung der VOB/B ergibt sich nicht daraus, dass der Auftraggeber bzw. sein Prozessbevollmächtigter im Rechtsstreit auf Bestimmungen der VOB/B Bezug nimmt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 26.07.2018, Az.: 12 U 11/17; IBR 2019, 117

\*\*\*\*\*

### II. VOB/AGB-Inhaltskontrolle

#### 1. Keine Verjährung ohne Schlussrechnung!

Die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B, wonach der Anspruch des Auftragnehmers auf Schlusszahlung erst nach Stellung der Schlussrechnung fällig wird, so dass er den Eintritt der Verjährung seiner Werklohnforderung einseitig bestimmen kann, benachteiligt den Auftraggeber nicht unangemessen und hält einer isolierten AGB-Kontrolle stand.

OLG Hamburg, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 4 U 80/18; BauR 2019, 1306 = IBR 2019, 248

\*\*\*\*\*

#### 2. Besondere Aufmaßvorschrift geht VOB/C vor!

1. Widersprüche zwischen den einzelnen Teilen der Vergabeunterlagen sind im Wege der Auslegung möglichst so aufzulösen, dass sich ein sinnvolles, den Belangen beider Vertragsparteien gerecht werdendes Resultat ergibt.
2. Es gibt keine Auslegungsregel, wonach ein Vertrag mit unklarer Leistungsbeschreibung allein deshalb zu Lasten des Auftragnehmers geht, weil dieser die Unklarheiten nicht vor der Abgabe seines Angebots aufgeklärt hat.
3. Ebenso wenig gibt es eine Auslegungsregel, wonach Unklarheiten zu Lasten des ausschreibenden Auftraggebers gehen, ohne dass zuvor der Versuch ihrer Auflösung im Wege einer Auslegung der Gesamtheit der Vertragsunterlagen unternommen werden muss.
4. Enthält der Ausschreibungstext eine besondere Aufmaßvorschrift, geht diese als die speziellere Vertragsnorm der allgemeinen Bezugnahme des Vertrags auf die VOB/C und die in Abschnitt 5 der davon umfassten DIN enthaltenen Aufmaßvorschriften vor.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.03.2019, Az.: 21 U 17/18; VergabeR 2019, 547 = IBR 2019, 303



\*\*\*\*\*

### 3. *AGB-Festigkeit von § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B*

1. § 4 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB stand, weil die Bestimmung weder von wesentlichen Grundgedanken gesetzlicher Regelungen abweicht noch den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt.
2. (...)

LG Bremen, Urteil vom 20.06.2019, Az.: 2 O 2021/10; BauR 2019, 1782

\*\*\*\*\*

## III. Leistungsbeschreibung/Leistungssoll

### 1. *Öffentliche Äußerungen des Verkäufers und abweichende Beschaffenheitsvereinbarung; negative Beschaffenheitsvereinbarung; Umfang des allgemeinen Haftungsausschlusses*

1. Öffentliche Äußerungen vor Vertragsschluss bestimmen die Eigenschaft einer Sache, die der Käufer erwarten kann, nicht, wenn und soweit die Vertragsparteien eine abweichende Beschaffenheit des Kaufobjekts vereinbart haben.
2. Regeln die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, liegt darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB.
3. Ein allgemeiner Haftungsausschluss erfasst auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks (Bestätigung u.a. von Senat, Urteil vom 22. April 2016 – V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rn. 12).

BGH, Urteil vom 25.01.2019, Az.: V ZR 38/18; BauR 2019, 1445 = NJW 2019, 2380

\*\*\*\*\*

### 2. *Sanierung eines Altbaus: Bauträger muss Keller abdichten!*

1. Übernimmt der Bauträger vertraglich Bauleistungen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung mit Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts.
2. Gehört zu der zu sanierenden Eigentumswohnung ein Kellerraum, schuldet der Bauträger die Sanierungsmaßnahmen, die erforderlich sind, um in einem solchen Kellerraum üblicherweise gelagerte Gegenstände vor von außen eindringender Feuchtigkeit zu schützen. Das gilt auch dann, wenn die Baubeschreibung keine Angaben zu Abdichtungsarbeiten enthält.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.10.2016, Az.: 21 U 120/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 31.07.2018, Az.: VII ZR 274/16); IBR 2019, 258

\*\*\*\*\*

### 3. Sachverständigenfragen zur Auslegung einer Baubeschreibung

1. Auch wenn die Parteien den Leistungsumfang funktional beschreiben und (mehr oder weniger) „global“ pauschalieren, so kommt es für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, auf den Inhalt des Vertrags, insbesondere die Leistungsbeschreibung an. Welche Leistungen vom Pauschalpreis erfasst sind, ist durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB.
2. Dabei kommt der funktionalen Baubeschreibung eine entscheidende Bedeutung zu. Diese Auslegung ist Rechtsanwendung und damit als solche nicht dem Beweis zugänglich. Es kann lediglich über Tatsachen Beweis erhoben werden, die für die Auslegung Bedeutung haben.
3. Für die sich am objektiven Empfängerhorizont orientierende Auslegung ist es von Relevanz, ob es bei den am Bau beteiligten Fachkreisen ein bestimmtes Verständnis der hier verwendeten Begriffe, insbesondere des verwendeten Wortes „(Stahl)beton“ gibt.
4. Die Auslegung der Baubeschreibung ergibt, dass der Klammerzusatz eine besondere Hervorhebung dessen darstellt, was geschuldet ist. Der vorangestellte Wortbestandteil „(Stahl)“ konkretisiert den nachfolgenden Begriff „Beton“, gibt also an, welcher konkrete Beton geschuldet ist, hier also „Stahlbeton“.

OLG Bremen, Beschluss vom 23.08.2018, Az.: 2 U 120/17; NJW-RR 2019, 213 = NZBau 2019, 106 = IBR 2018, 672

\*\*\*\*\*

### 4. Schallschutzanforderungen bei Renovierung eines Altbaus und gleichzeitiger Neuerichtung eines Anbaus

1. Bei Erstellung eines Anbaus an ein bestehendes Gebäude kann ein durchschnittlicher Erwerber davon ausgehen, dass beide Gebäudebestandteile insofern einheitlich geplant und einander angeglichen werden sollten, dass ein im Wesentlichen einheitlicher Schallschutz erreicht würde.
2. Eine Wohnung muss nicht einen „herausgehobenen exklusiven Eindruck“ vermitteln, um als den üblichen Ansprüchen genügende Komfortwohnung einen Schallschutz über den Mindestanforderungen der DIN 4109 erwarten zu lassen.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.10.2018, Az.: 19 U 114/16; BauR 2019, 1309

\*\*\*\*\*

### 5. Schuldet der Bauträger bei einer Altbausanierung einen trockenen Keller?

Hat sich ein Bauträger zu einer grundlegenden Sanierung eines Altbaus, die mit Neubauarbeiten vergleichbar ist, verpflichtet und soll der Altbaukeller "ebenfalls neu saniert werden", muss der Bauträger den Keller trockenlegen und bestmöglich gegen Feuchtigkeit isolieren.

Kammergericht, Urteil vom 19.02.2019, Az.: 21 U 40/18; NZBau 2019, 507 = IBR 2019, 259

\*\*\*\*\*

## 6. Keine Mehrvergütung für Besondere Leistungen!?

Gibt die Leistungsbeschreibung einen Endzustand vor, der ohne Besondere Leistungen gem. VOB/C nicht erreicht werden kann, ist für den fachkundigen Bieter eindeutig, dass der Auftraggeber auch die Besonderen Leistung ausgeführt haben will. In diesem Fall sind die Besonderen Leistungen Teil der vertraglichen Preisvereinbarung und werden nicht gesondert vergütet.

Kammergericht, Urteil vom 05.04.2019, Az.: 21 U 72/16; IBR 2019, 413

\*\*\*\*\*

## 7. Der Vertrag bestimmt das "Bausoll", nicht das Standardleistungsbuch!

1. Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch die Leistungsbeschreibung im weiteren Sinn (den Vertrag) bestimmt.
2. Für die "Bausoll-Ermittlung" ist nicht maßgeblich, ob der öffentliche Auftraggeber die Vorgaben des Vergabe- und Vertragshandbuchs für Baumaßnahmen des Bundes (VHB) beachtet oder den Vertrag nach dem Standardleistungsbuch Bau (StLB-Bau) aufgestellt hat.

Kammergericht, Urteil vom 05.04.2019, Az.: 21 U 72/16; IBR 2019, 478

\*\*\*\*\*

## 8. Exposé kann Leistungssoll bestimmen

1. Das Leistungssoll für die Bauverpflichtung eines Bauträgers kann auch durch verbandsbegleitende Umstände bestimmt werden, etwa durch Texte und Visualisierungen in einem Prospekt, mit dem die Wohneinheit auf Veranlassung des Bauträgers beworben wird.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 11.06.2019, Az.: 21 U 116/18; BauR 2019, 1660 = IBR 2019, 496

\*\*\*\*\*

## 9. Vergabeunterlagen offensichtlich falsch: Ohne Hinweis kein Nachtrag!

1. Bei Unklarheiten über nicht von vorneherein in Übereinstimmung zu bringende Vertragserklärungen hat sich die Auslegung zunächst an demjenigen Teil zu orientieren, der die Leistung konkret beschreibt. Dabei kommt dem Wortlaut der Leistungsbeschreibung gegenüber etwaigen Plänen jedenfalls dann eine vergleichsweise große Bedeutung zu, wenn damit die Leistung im Einzelnen genau beschrieben wird, während die Pläne sich nicht im Detail an dem angebotenen Bauvorhaben orientieren.
2. Lediglich im Fall, dass die Vergabe- und Vertragsunterlagen offensichtlich falsch sind, folgt aus dem Grundsatz des Gebots zu korrektem Verhalten bei Vertragsverhandlungen eine Prüfungs- und Hinweispflicht des Auftragnehmers.
3. Unterlässt der Auftragnehmer in einem solchen Fall den gebotenen Hinweis, ist er nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gehindert, Zusatzforderungen zu stellen.

OLG Celle, Urteil vom 02.10.2019, Az.: 14 U 171/18; IBR 2019, 601

\*\*\*\*\*

#### IV. Preisanpassung bei EP-Vertrag

##### 1. Bauvertrag: Anpassung des Einheitspreisvertrages bei Mengenerhöhungen

1. Wie die Vergütungsanpassung bei Mengenerhöhungen vorzunehmen ist, wenn eine Einigung über den neuen Einheitspreis nicht zustande kommt, ist in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht geregelt. Die Bestimmung gibt nur vor, dass bei der von den Parteien zu treffenden Vereinbarung über den neuen Preis Mehr- oder Minderkosten zu berücksichtigen sind. Die VOB/B legt die Verantwortung für die neue Preisbestimmung, durch die etwaigen Störungen des Äquivalenzverhältnisses entgegengewirkt werden soll, damit in die Hände der Vertragsparteien, die unter Berücksichtigung der geänderten Umstände einen neuen Preis aushandeln sollen.
2. Abgesehen von der in § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B vorgesehenen Einigung auf einen neuen Einheitspreis können die Vertragsparteien sowohl bei Vertragsschluss für den ungewissen Fall, dass Mengenerhöhungen im Sinne dieser Bestimmung eintreten, als auch nachträglich, sobald aufgrund konkret eingetretener Mehrmengen ein neuer Einheitspreis verlangt wird, sich über einzelne Teilelemente der Preisbildung verständigen. Sie können etwa einen bestimmten Maßstab beziehungsweise einzelne Kriterien oder Faktoren festlegen, nach denen im konkreten Fall der neue Einheitspreis nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmt werden soll.
3. Haben sich die Parteien nicht insgesamt oder im Hinblick auf einzelne Elemente der Preisbildung geeinigt, enthält der Vertrag eine Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu schließen ist. Dabei entspricht es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen im von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bestimmten Umfang keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.
4. Die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien nach Treu und Glauben ergibt, dass - wenn nichts anderes vereinbart ist - für die Bemessung des neuen Einheitspreises bei Mehrmengen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B die tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind.

BGH, Urteil vom 08.08.2019, Az.: VII ZR 34/18; BauR 2019, 1766 = NJW 2020, 337 = NZBau 2019, 706 = ZfBR 2019, 777 = IBR 2019, 535 = IBR 2019, 536

\*\*\*\*\*

#### V. Nachträge

##### 1. Mehrkostenansprüche nach Leistungsänderungsanordnungen des AG nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6

##### 1. Nachlass beim EP-Vertrag auf die Auftrags- oder auf die Abrechnungssumme?

1. Die Frage, ob die Berechnung eines vereinbarten Nachlasses auf die Auftrags- oder die Abrechnungssumme zu erfolgen hat, ist durch eine Auslegung der getroffenen Vereinbarung zu beantworten.

2. Wird ein "pauschaler Nachlass i.H.v. 4%" gewährt und dieser mit einem (abgerundeten) Festbetrag ausgewiesen, bezieht sich der Preisnachlass auf die vereinbarte Auftragssumme.

Kammergericht, Urteil vom 06.11.2015, Az.: 7 U 166/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.09.2018, Az.: VII ZR 276/15); IBR 2019, 245

\*\*\*\*\*

## 2. *Bauzeit eingehalten: Nachtragsvergütung mit oder ohne Baustellengemeinkosten?*

1. Die Höhe der in einer sog. Nachtragsvereinbarung vereinbarten Vergütung für die Ausführung einer geänderten oder zusätzlichen Leistung ist verbindlich und nicht an die Vergütung für den Hauptauftrag geknüpft.
2. Wird in einer Nachtragsvereinbarung festgelegt, dass ein Ausgleich der Baustellengemeinkosten nicht vorgenommen wurde und ein späterer Ausgleich vorbehalten bleibt, setzt ein Ausgleichsanspruch des Auftraggebers voraus, dass die Nachtragsleistungen keine zusätzlichen Gemeinkosten verursacht haben.
3. Die Bauzeit ist nur ein Faktor für die Bemessung der Baustellengemeinkosten. Eine Einhaltung der ursprünglich geplanten Bauzeit bedeutet nicht, dass die Baustellengemeinkosten unabhängig vom Umfang der beauftragten Arbeit gleich geblieben sind.

OLG Jena, Urteil vom 22.06.2017, Az.: 1 U 673/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 29.08.2018, Az.: VII ZR 162/17); BauR 2019, 671 = IBR 2019, 3

\*\*\*\*\*

## 3. *Werklohnanpassung für geänderte Bauleistung*

Hat ein Auftragnehmer eine Leistungsposition mit einem geringeren Einheitspreis angeboten, als ihm selbst vom Nachunternehmer angeboten worden ist, so entspricht es dem Grundverständnis von § 2 Abs. 5 VOB/B, diesen kalkulierten Verlust betragsmäßig auf den Preis der geänderten Leistung fortzuschreiben.

OLG Hamm, Urteil vom 09.05.2018, Az.: I-12 U 88/17; BauR 2018, 1884 = NJW-RR 2019, 14 = NZBau 2019, 439 = IBR 2018, 552

\*\*\*\*\*

## 4. *PCB-Belastung erkennbar: Auftragnehmer kann keine Preisanpassung verlangen!*

Eine aus den Ausschreibungsunterlagen erkennbare PCB-Belastung des Anstrichs von Metallteilen fällt in den Risikobereich des Auftragnehmers, auch wenn die Beseitigung der kontaminierten Anstriche selbst nicht ausdrücklich im Leistungsverzeichnis geregelt ist.

OLG Köln, Urteil vom 17.10.2018, Az.: 16 U 3/18; IBR 2019, 4

\*\*\*\*\*

### 5. Ende des Anordnungsrechts mit Abnahme oder Abnahmereife

1. Das Anweisungsrecht des Auftraggebers gemäß § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B 2016 besteht nicht unbegrenzt, sondern nur im werkvertraglichen Erfüllungsstadium, das regelmäßig mit der Abnahme endet.
2. Ohne Abnahme findet die Herstellungsverpflichtung des Werkunternehmers - jedenfalls nach den Grundsätzen von Treu und Glauben - ihr Ende, wenn der Auftraggeber zur Abnahme verpflichtet ist.

OLG Hamm, Urteil vom 18.01.2019, Az.: I-12 U 54/18; NZBau 2019, 298 = NJW-RR 2019, 651 = ZfBR 2019, 459 = IBR 2019, 302

\*\*\*\*\*

### 6. Unkalkulierbare Risiken übernommen: Kein Anspruch auf Mehrvergütung!

1. Einem Auftragnehmer steht ein Mehrvergütungsanspruch für zusätzliche Leistungen nicht zu, wenn er die Planungsverantwortung innehatte und die zusätzlichen Leistungen damit seinem Risikobereich zuzuordnen sind.
2. Beinhaltet die Übertragung der Planungsverantwortung aufgrund einer kurzen Angebotsfrist ein unkalkulierbares Risiko, ändert dies nichts an der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung; der Bieter muss den Verstoß im Vergabeverfahren geltend machen. Die Übernahme der Planungsverantwortung stellt kein ungewöhnliches Wagnis gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A bzw. § 9 Nr. 2 VOB/A 2006 dar
3. Eine Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der dem Auftragnehmer die Planung für die Bauleistung übertragen wird, unterliegt nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB.

OLG München, Urteil vom 12.02.2019, Az.: 9 U 728/18 Bau; BauR 2019, 1156 = ZfBR 2019, 462 = IBR 2019, 243

\*\*\*\*\*

### 7. Berechnung des Mehrvergütungsanspruchs nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B nach den tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten

1. Bemessungsgrundlage des Mehrvergütungsanspruch aus § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B sind die tatsächlichen Mehr- oder Minderkosten, die dem Unternehmer aufgrund der Leistungsänderung entstehen, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.
2. Die Preiskalkulation des Unternehmers ist nur ein Hilfsmittel bei der Ermittlung dieser Kostendifferenz. Im Streitfall kommt es nicht auf die Kosten an, die der Unternehmer in seiner Kalkulation angesetzt hat, sondern auf diejenigen, die ihm bei Erfüllung des nicht geänderten Vertrages tatsächlich entstanden wären.
3. Allerdings dient die Kalkulation dazu, die Kosten anzugeben, die dem Unternehmer durch die Vertragsdurchführung entstehen.

Daraus folgt: Soweit die Kalkulation, auf die sich ein Unternehmer in einem Rechtsstreit bezieht, unstreitig bleibt, ist die von ihm auf dieser Grundlage errechnete Mehrvergütung im Zweifel auf Grundlage seiner tatsächlichen Mehrkosten ermittelt und also maßgeblich nach § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B.

4. Ist es nach der einem Vertrag zugrunde liegenden Leistungsbeschreibung unklar, ob der Unternehmer eine bestimmte Leistung in die vereinbarte Vergütung hätte einkalkulieren müssen, so gibt es keine allgemeine Regel, dass diese Unklarheit generell zu seinen Lasten oder umgekehrt zu Lasten des Bestellers zu lösen wäre. Maßgeblich ist vielmehr die Auslegung der Leistungsbeschreibung aus der Sicht einer objektiven Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.

Kammergericht, Urteil vom 27.08.2019, Az.: 21 U 160/18; BauR 2019, 1931 = NJW 2343 = NZBau 2019, 771 = ZfBR 2019, 788 = IBR 2019, 599 = IBR 2019, 600

\*\*\*\*\*

## 2. Mehrkostenansprüche bei Pauschalvertrag (inkl. Baugrund)

### 1. *Kein Verzug wegen Verzögerungen aufgrund verspäteten Nachtragsauftrags*

1. Mehrvergütungsansprüche sind auch bei einem Globalpauschalvertrag nicht ausgeschlossen, wenn sie auf Planungsänderungen des Auftraggebers nach Vertragsschluss gestützt werden.
2. Die auf der verspäteten Annahme eines berechtigten Nachtragsangebotes beruhende Überschreitung der Frist zur Fertigstellung hat der Auftragnehmer nicht zu vertreten.
3. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 21.11.2018, Az.: 4 U 19/18; BauR 2019, 1461 = NJW-RR 2019, 136 = NZBau 2019, 101 = IBR 2019, 180

\*\*\*\*\*

## VI. Sub-/Nachunternehmer

### 1. *Unternehmer haftet für Fehler seines Lieferanten!*

1. Der Werkunternehmer ist grundsätzlich nicht für Mängel einer zugelieferten Ware (hier: Steuerungssoftware einer Melkanlage) verantwortlich, wenn er diese Mängel nicht erkannt hat und auch nicht erkennen musste.
2. Der Lieferant ist regelmäßig kein Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers. Tritt er jedoch aus der reinen Lieferantenrolle heraus und beteiligt er sich an der Erfüllung der Pflichten des Werkunternehmers, wird sein Fehlverhalten dem Unternehmer zugerechnet.

OLG Koblenz, Urteil vom 02.11.2017, Az.: 1 U 725/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 31.07.2018, Az.: VII ZR 271/17); IBR 2019, 104

\*\*\*\*\*

### 2. *Keine Aussetzung einer Werklohnklage des Nachunternehmers*

Die Werklohnklage des Subunternehmers gegen den Hauptunternehmer kann nicht allein deswegen nach § 148 ZPO ausgesetzt werden, weil die Erbringung der Werkleistung in dem Prozess über den Werklohn des Hauptunternehmers gegen den Bauherrn ebenfalls bestritten ist. Eine die Aussetzung ermöglichende Bindung kann allerdings

über eine Interventionswirkung (§§ 74 Abs. 3, 68 ZPO) entstehen, wenn der Hauptunternehmer gegenüber dem Subunternehmer den Streit verkündet.

OLG Köln, Beschluss vom 20.03.2019, Az.: 16 W 11/19; BauR 2019, 1209 = IBR 2019, 408

\*\*\*\*\*

## VII. Kündigung

### 1. *Nachunternehmereinsatz bekannt: Kein Verstoß gegen Selbstausführungsgebot!*

1. Der ungenehmigte Einsatz von Nachunternehmern rechtfertigt eine Kündigung nur, wenn der Auftragnehmer die Arbeiten selbst ausführen kann und eine Nachfrist zur Aufnahme der Arbeiten im eigenen Betrieb fruchtlos abgelaufen ist.
2. Ein nicht genehmigter Nachunternehmereinsatz liegt nicht vor, wenn dem Auftraggeber von Vertragsbeginn an bekannt ist, dass der Auftragnehmer die beauftragten Leistungen "Abbruch/Rückbau" nicht selbst erbringen kann, sondern einen Nachunternehmer einsetzen wird.

Kammergericht, Urteil vom 18.10.2016, Az.: 7 U 90/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 09.01.2019, Az.: VII ZR 287/16); IBR 2019, 545

\*\*\*\*\*

### 2. *Auch im VOB/B-Vertrag gibt es (vermutet) nach freier Kündigung 5% der Vergütung!*

1. Um einen Vergütungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen nach freier Kündigung schlüssig zu begründen, hat der Auftragnehmer eine detaillierte Abrechnung zu erstellen, die den Auftraggeber in die Lage versetzt, sich mit den ersparten Kosten und den tatsächlichen oder möglichen Zuflüssen aus anderweitigem oder böswillig unterlassenen anderweitigem Erwerb auseinanderzusetzen, wozu auch die Grundlagen der unternehmerischen Kalkulation heranzuziehen sind.
2. Die gesetzliche Vermutung des § 649 Satz 3 BGB a.F., dass dem Auftragnehmer jedenfalls ein Anteil von 5% der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zusteht, ist auch im Rahmen eines VOB/B-Vertrags anwendbar.

Kammergericht, Urteil vom 20.02.2018, Az.: 7 U 40/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.11.2018, Az.: VII ZR 62/18); IBR 2019, 369

\*\*\*\*\*

### 3. *Zu den Kosten der Ersatzvornahme gehört auch die Vergütung für Nachträge!*

1. Erklärt der Auftragnehmer unberechtigt die Kündigung wegen angeblich verspäteter Zahlungen und stellt er seine Leistungen ein, berechtigt dies den Auftraggeber dazu, den Bauvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen.
2. Nach der Kündigung kann der Auftraggeber den noch nicht vollendeten Teil der Leistung zu Lasten des Auftragnehmers durch einen Drittunternehmer fertig stellen lassen. Der Anspruch umfasst den Ersatz der tatsächlich angefallenen erforderlichen Mehrkosten der Ersatzvornahme.



3. Der Auftraggeber kann die Erstattung der Fremdnachbesserungskosten verlangen, die er als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Auftraggeber im Zeitpunkt der Beauftragung des Drittunternehmers für angemessen halten durfte.
4. Etwaige Fehler im Vergabeverfahren kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber nicht anspruchsmindernd entgegenhalten.
5. Einem Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten steht nicht entgegen, dass die letztlich ausgeführten Leistungen sich gegenüber den ursprünglich beim bisherigen Auftragnehmer beauftragten Leistungen teilweise geändert haben. Der Auftraggeber kann auch die Mehrkosten für solche Leistungen erstattet verlangen, die zwar im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht vereinbart waren, die der Auftragnehmer jedoch gem. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B nach einer entsprechenden Anordnung hätte durchführen müssen (Anschluss an BGH, IBR 2000, 163).

OLG Köln, Urteil vom 05.12.2018, Az.: 11 U 21/16; IBR 2019, 312

\*\*\*\*\*

#### 4. *Angeordnete "Nullpositionen" sind Teilkündigung und keine Leistungsänderung!*

Lässt der Auftraggeber einzelne Positionen nach Auftragserteilung nicht vom Auftragnehmer ausführen, liegt eine Teilkündigung und keine Leistungsänderung vor, so dass dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu steht.

OLG München, Beschluss vom 02.04.2019, Az.: 28 U 413/19 Bau; BauR 2019, 1780 = IBR 2019, 307

\*\*\*\*\*

#### 5. *AGB-Festigkeit von § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B*

1. § 4 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB stand, weil die Bestimmung weder von wesentlichen Grundgedanken gesetzlicher Regelungen abweicht noch den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt.
2. § 314 BGB ist auf Bauverträge anwendbar, auch wenn sie keine Dauerschuldverhältnisse im engeren Sinne darstellen. Ist das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört, ist eine Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grund zulässig.

LG Bremen, Urteil vom 20.06.2019, Az.: 2 O 2021/10; BauR 2019, 1782

\*\*\*\*\*

### VIII. Abnahme

#### 1. *Fiktive Abnahme trotz wesentlicher Mängel!?*

1. Nach § 12 Abs. 5 VOB/B ist der Eintritt der Abnahmefiktion ausgeschlossen, wenn der Besteller, hätte zu dem nach § 12 Abs. 5 Nr. 1, 2 VOB/B maßgeblichen Zeitpunkt ein Abnahmetermin stattgefunden, die Abnahme bei redlichem Verhalten der Bauvertragsparteien hätte verweigern können.
2. Das ist der Fall, wenn zum fraglichen Zeitpunkt wesentliche Mängel vorlagen, die bei einem Abnahmetermin erkennbar gewesen wären oder die jedenfalls der Auftragnehmer kennt oder kennen müsste.

3. Lagen zum fraglichen Zeitpunkt hingegen "nur" versteckte, d. h. beiden Parteien (noch) unbekannte Mängel vor, hindern diese den Eintritt der Abnahmefiktion nicht.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018, Az.: 8 U 55/17; BauR 2019, 1937 = NJW 2019, 2098 = NZBau 2019, 370 = IBR 2019, 187

\*\*\*\*\*

## IX. Vergütung/Zahlung

### 1. *Klage genügt für Vorbehalt nach § 16 Abs.3 Nr. 2 VOB/B*

Für die Rechtzeitigkeit des Vorbehalts nach § 16 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B genügt die fristgerechte Erhebung einer ungekürzten Vergütungsklage, selbst wenn diese erst nach dem Fristablauf, wohl aber demnächst im Sinne des § 167 ZPO zugestellt wird (so auch schon BGHZ 75, 307, Rn. 19 ff.).

OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.12.2014, Az.: 19 U 122/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 18.01.2017, Az.: VII ZR 22/15); nicht veröffentl.

\*\*\*\*\*

### 2. *Baugeld fließt auf Geschäftskonto: Empfänger trifft gesteigerte Kontrollpflicht!*

1. (...)

2. Der Prüfvermerk eines Architekten oder Bauleiters stellt zwar grundsätzlich kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar. Allerdings ist bei Vorliegen eines Prüfvermerks dem Auftraggeber zumindest aufzuerlegen, substantiiert zu bestreiten, weshalb der darin festgestellte anzuweisende Betrag doch nicht berechtigt sein sollte (im Ergebnis so: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4.8.2009 – Az. 4 W 36/09; OLG Köln, Urteil vom 7.11.2012, Az. 17 U 128/11).

3. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 09.10.2018, Az.: 7 U 103/16; BauR 2019, 1168 = IBR 2019, 136

\*\*\*\*\*

### 3. *Keine Verjährung ohne Schlussrechnung!*

Die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B, wonach der Anspruch des Auftragnehmers auf Schlusszahlung erst nach Stellung der Schlussrechnung fällig wird, so dass er den Eintritt der Verjährung seiner Werklohnforderung einseitig bestimmen kann, benachteiligt den Auftraggeber nicht unangemessen und hält einer isolierten AGB-Kontrolle stand.

OLG Hamburg, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 4 U 80/18; BauR 2019, 1306 = IBR 2019, 248

\*\*\*\*\*

**4. Schlussrechnung ohne Aufmaßblätter ist nicht prüfbar!**

1. Gem. § 14 Abs. 1 Satz 3 VOB/B sind die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen und andere Belege der Rechnung beizufügen.
2. Werden mit der Schlussrechnung nicht die Aufmaßblätter übergeben, ist die Schlussrechnung nicht prüfbar und die Rechnung nicht fällig.

OLG Brandenburg, Urteil vom 17.01.2019, Az.: 12 U 116/18; BauR 2019, 971 = IBR 2019, 182

\*\*\*\*\*

**5. Verjährung von mangelbezogenen Erfüllungsansprüchen erst ab Abnahme**

1. (...)
9. Auch bei einem VOB-Vertrag kann der Bauunternehmer – jedenfalls für bis zum 31.12.2017 geschlossene Verträge – für mit wesentlichen Mängeln behaftete Leistungen keine Abschlagszahlungen mehr fordern.

OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019, Az.: 24 U 14/18; NJW 2019, 3240 = NZBau 2019, 709 = ZfBR 2019, 570

\*\*\*\*\*

**X. Gewährleistung**

**1. Haftung der Planungs- und Baubeteiligten bei fehlerhafter Verlegung von Straßenpflaster**

1. Sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers in einem Vertrag über Bauleistungen die Geltung von § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (2000) und zusätzlich eine Verjährungsfrist für die Gewährleistung von fünf Jahren vor, hält dies einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. Februar 1989, VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75).

2. (...)

BGH, Urteil vom 27.09.2018, Az.: VII ZR 45/17; BauR 2019, 246 = NJW 2019, 421 = NZBau 2019, 235 = IBR 2019, 11

\*\*\*\*\*

**2. Vorschuss muss nicht centgenau bemessen werden!**

1. (...)
2. Ein Anspruch nach § 13 Abs. 7 Nr. 3 S. 1 VOB/B setzt auch voraus, dass ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt. Unter Gebrauchsfähigkeit fallen sowohl die Möglichkeit der üblichen Nutzung im engen Sinne, bei einem Wohnhaus also die Bewohnbarkeit, als auch die Verkäuflichkeit, ohne dass hier ein merkantiler Minderwert zu verzeichnen ist.
3. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 09.11.2018, Az. 12 U 20/18; BauR 2019, 682 = IBR 2019, 69

\*\*\*\*\*

## XI. Sicherungsrecht des Auftraggebers

### 1. Sicherungsabrede

#### 1. *Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit: Sicherungsabrede insgesamt unwirksam?*

Eine vom Auftraggeber vorformuliert gestellte Sicherungsabrede für eine kombinierte Erfüllungs- und Mängelbürgschaft, wonach der Bürge auf die Einrede der Anfechtbarkeit verzichten muss und der Auftragnehmer nur eine Bürgschaft mit einem solchen Verzicht als Austauschsicherheit stellen darf, ist insgesamt unwirksam.

OLG München, Beschluss vom 07.11.2018, Az.: 9 U 1903/18; IBR 2019, 71

\*\*\*\*\*

### 2. Sicherheitseinbehalt

#### 1. *„Fertigstellung“ als Anknüpfungspunkt für Vertragsstrafe*

1. (...)

4. Auf diejenigen Mängelansprüche, die infolge Aufrechnung oder Minderung zu einer Reduzierung der Werklohnforderung geführt haben, kann der Auftraggeber ein Zurückbehaltungsrecht in Form eines Sicherheitseinbehalts nicht stützen, weil diese Ansprüche infolge der Aufrechnung oder Minderung mit ex tunc-Wirkung erfüllt sind.

5. (...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 09.11.2018, Az.: 4 U 49/16; BauR 2019, 677 = NJW 2019, 939 = NZBau 2019, 366 = IBR 2019, 125

\*\*\*\*\*

#### 2. *Wann verjährt der Anspruch auf Auszahlung eines Barsicherheitseinbehalts?*

1. Die Verjährung des Anspruchs auf Auszahlung eines nicht verwerteten Barsicherheitseinbehalts beginnt mit seiner Fälligkeit.

2. Ist ein Zeitpunkt für die Auszahlung in der Sicherungsabrede nicht vereinbart, ist sie dann fällig, wenn feststeht, dass der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann, z. B. wenn der gesicherte Anspruch verjährt wäre (vgl. BGH, Urteil vom 04.07.2002 - VII ZR 502/99, IBRRS 2002, 1192).

OLG Brandenburg, Urteil vom 06.02.2019, Az.: 11 U 79/18; IBR 2019, 193

\*\*\*\*\*

### 3. Sicherheit durch Bürgschaft, Bürgschaftsrecht

#### 1. *Wahlrecht des Bürgen zwischen Rückgriffsanspruch aus § 774 BGB und Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB*

1. Dem Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, stehen unter zwei unterschiedlichen rechtlichen Gesichtspunkten Rückgriffsansprüche zu, und zwar zum einen aus § 774 BGB und zum anderen als Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB. Es handelt sich um zwei voneinander getrennte Ansprüche, zwischen denen der Bürge die Wahl hat. Macht der Bürge den Aufwendungsersatzanspruch geltend, kann der Schuldner dem Bürgen nur die Einwendungen aus dem Auftragsverhältnis entgegenhalten, nicht aber auch Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zum Gläubiger.
2. Während die Erfüllungsbürgschaft den Zeitraum bis zur Abnahme abdecken soll, erfasst die Gewährleistungsbürgschaft den Zeitraum ab Abnahme. Von der Erfüllungsbürgschaft werden aber nicht nur restliche Bauarbeiten, sondern auch nicht beseitigte Mängel erfasst, die bereits vor der Abnahme gerügt worden sind und für die dann Schadensersatz geltend gemacht wird.

OLG Celle, Urteil vom 24.05.2018, Az.: 7 U 145/17; BauR 2019, 517 = IBR 2018, 390

\*\*\*\*\*

#### 2. *Keine Sonderzuständigkeit der Baukammern für Bürgschaftsstreitigkeiten*

Für Streitigkeiten aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft, die ein an dem zugrunde liegenden Bauvertrag unbeteiligter Dritter gegenüber dem Auftraggeber des Bauvorhabens übernommen hat, ist eine Sonderzuständigkeit der Kammern für Bausachen nach § 72a Satz 1 Nr. 2 GVG nicht begründet.

Kammergericht, Beschluss vom 13.12.2018, Az.: 2 AR 60/18; NJW-RR 2019, 593 = NZBau 2019, 312 = IBR 2019, 112

\*\*\*\*\*

#### 3. *Einstweilige Verfügung zur Verhinderung der Inanspruchnahme aus einer Bürgschaft*

1. Ob ein Verfügungsgrund für eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt, die Inanspruchnahme einer Bürgschaft zu untersagen, besteht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Eine einstweilige Verfügung des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber auf Unterlassung der Inanspruchnahme einer Vorauszahlungsbürgschaft ist nicht ohne Weiteres zulässig.
2. Besteht kein Risiko einer Insolvenz der Vertragspartei (hier: Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechtes), bemisst sich der Streitwert für ein derartiges Verfahren lediglich unter Berücksichtigung der Gefahr eines Zinsschadens bei unberechtigter Inanspruchnahme der Bürgschaft.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.12.2018, Az.: 5 W 42/18; BauR 2019, 1211 = IBR 2019, 192

\*\*\*\*\*

**4. Klage gegen Bürgen: Gläubiger muss keinen "Prozess vor dem Prozess" führen!**

1. Anlass zur Klageerhebung gem. § 93 ZPO gibt der Schuldner (hier: ein Bürge) einer fälligen Geldforderung in der Regel dann, wenn er diese trotz Aufforderung durch den Gläubiger nicht bezahlt. Allerdings kann der Gläubiger im Einzelfall gehalten sein, dem Schuldner vor Klageerhebung die Anspruchsvoraussetzungen zu belegen.
2. Muss der Gläubiger aufgrund des Verhaltens des Schuldners davon ausgehen, dass er ohne eine Klage nicht zu seinem Recht kommt, ist es ihm nicht zuzumuten, mit dem Schuldner einen "Prozess vor dem Prozess" zu führen, bis der Anspruch zur Überzeugung des Schuldners lückenlos belegt ist.

OLG Koblenz, Beschluss vom 06.03.2019, Az.: 6 W 50/19; IBR 2019, 298

\*\*\*\*\*

**4. Sicherheit: Rückgabe**

**1. Selbständiges Beweisverfahren verschiebt Rückgabezeitpunkt der Mängelhaftungsbürgschaft!**

1. Wird in einem VOB/B-Vertrag die Stellung einer Mängelhaftungssicherheit vereinbart, hat der Auftraggeber die Sicherheit am vereinbarten Rückgabezeitpunkt herauszugeben, sofern die Sicherheit nicht verwertet wurde.
2. Bei einem vor dem vereinbarten Rückgabezeitpunkt eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren gegen den Auftragnehmer tritt der vereinbarte Rückgabezeitpunkt erst nach Abschluss der Beweiserhebung ein.

OLG Hamm, Beschluss vom 22.02.2018, Az.: 21 U 127/17; IBR 2019, 317

\*\*\*\*\*

**C. Vergaberecht/-verfahren (Auswahl)**

**I. Allgemein**

**1. Vereinbarkeit der deutschen Regelungen für eine erfolgreiche Selbstreinigung mit den Vorgaben der europäischen Richtlinien**

1. Art. 80 der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG i.V.m. Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass er einer Bestimmung des nationalen Rechts nicht entgegensteht, nach der ein Wirtschaftsteilnehmer, der seine Zuverlässigkeit trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes nachweisen möchte, die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem begangenen Fehlverhalten in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit nicht nur mit der Ermittlungsbehörde, sondern auch mit dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der diesem eigenen Rolle umfassend klären muss, um Letzterem den Nachweis der Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit zu erbringen, sofern diese Zusammenarbeit auf die Maßnahmen beschränkt ist, die für die betreffende Prüfung unbedingt erforderlich sind.

2. Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24 ist dahin auszulegen, dass bei einem Verhalten eines Wirtschaftsteilnehmers, das den Ausschlussgrund des Art. 57 Abs. 4 Buchst. d) dieser Richtlinie erfüllt und von einer zuständigen Behörde geahndet wurde, der höchstzulässige Zeitraum des Ausschlusses ab dem Datum der Entscheidung dieser Behörde berechnet wird.

EuGH, Urteil vom 24.10.2018, Az.: C-124/17; NZBau 2018, 768 = ZfBR 2019, 284 = VergabeR 2019, 155 = IBR 2019, 84

\*\*\*\*\*

## 2. *Insolventer Bieter kann ausgeschlossen werden!*

Art. 45 Abs. 2 Unterabs. 1 b Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren, wonach ein Wirtschaftsteilnehmer vom Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden darf, wenn er zum Zeitpunkt der Ausschlussentscheidung bereits einen Antrag auf Eröffnung eines Zwangsvergleichs gestellt und sich dabei die Möglichkeit vorbehalten hatte, einen Plan zur Fortführung der Tätigkeit vorzulegen, nicht entgegensteht.

EuGH, Urteil vom 28.03.2019, Az.: Rs. C-101/18; NZBau 2019, 601 = VergabeR 2019, 511 = IBR 2019, 386

\*\*\*\*\*

## 3. *Bewerberidentität trotz Unternehmensverschmelzung!*

Im nichtoffenen Verfahren kann ein im Teilnahmewettbewerb erfolgreicher Bewerber ein Angebot abgeben, auch wenn er aufgrund einer zwischen Teilnahme- und Angebotsphase geschlossenen Verschmelzungsvereinbarung nach der Angebotsphase einen anderen erfolgreichen Bewerber aufnimmt.

EuGH, Urteil vom 11.07.2019, Az.: Rs. C-697/17; IBR 2019, 570

\*\*\*\*\*

## 4. *Abwehrklausel in Bieteranschreiben; das „Wie“ der Preiskalkulation ist Bietersache; Schadensersatz wegen Vergaberechtsverstoßes auch ohne Nachprüfungsantrag oder Rüge*

1. Bedingt sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen (hier: § 1 Abs. 1.3 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen [ZVBBau] Stand 10. Juni 2015) aus, dass etwaige Vorverträge, in den Vergabeunterlagen nicht als Vertragsbestandteile aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder Klauselwerke oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil werden, und stellt ein Bieter mit seinem Angebot abweichende Zahlungsbedingungen, können diese infolge der Abwehrklausel des Auftraggebers im Falle der Auftragserteilung keine rechtliche Wirkung entfalten. Ein Ausschluss des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ist deshalb nicht erforderlich und nicht zulässig.
2. Auch ohne Geltung von § 1 Abs. 1.3 ZVBBau kann ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie namentlich Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen beigefügt hat, ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A in der Wertung

verbleiben, wenn nach bloßer Streichung des Hinzugefügten ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt.

3. Es liegt in der Kalkulationsfreiheit des Bieters, bestimmte Kosten etwa für das Vorhalten und Betreiben der Geräte, Anlagen und Einrichtungen, für die keine gesonderte Position im Leistungsverzeichnis vorgesehen ist, auch nicht an anderer Stelle seiner Preise oder seiner Kalkulation zu berücksichtigen. Die fehlende Erkennbarkeit solcher vom Auftraggeber für notwendig angesehenen Kosten stellt keinen Ausschlussgrund dar. Wird an einer Position, wo der Bieter Angaben zum Fabrikat machen soll, vom Auftraggeber nur ein Werkstoff mit dem Hinweis "oder gleichwertiger Art" angegeben, ist dadurch nicht hinreichend klar, welche Angabe der Auftraggeber noch als angebotsgemäß akzeptieren wird. Ein Angebotsausschluss setzt aber einen Verstoß gegen ganz klare Vorgaben voraus.
4. (...)

BGH, Urteil vom 18.06.2019, Az.: X ZR 86/17; BauR 2019, 1771 = NZBau 2019, 661 = IBR 2019, 571, 572

\*\*\*\*\*

#### 5. Rechtswirksamkeit trotz grundloser Aufhebung - Einwohnermeldesystem

1. Ein Bieter kann in den Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber die Ausschreibung bereits aufgehoben hat, noch in zulässiger Weise die Vergabekammer anrufen und geltend machen, durch die Nichtbeachtung der die Aufhebung der Ausschreibung betreffenden Vergabevorschriften in seinen Rechten verletzt zu sein (Bestätigung von BGH, NZBau 2003, 293 – Rohbauarbeiten).
2. Die Aufhebung eines offenen Verfahrens ist regelmäßig auch dann rechtswirksam und vom Bieter hinzunehmen, wenn dafür kein in den Vergabeordnungen anerkannter Grund vorliegt; Bieter können eine Fortsetzung des Vergabeverfahrens nur erzwingen, wenn der Auftraggeber die Aufhebung in diskriminierender Weise dazu einsetzt, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Vergabeverfahrens einem bestimmten Bieter zukommen zu lassen oder unter anderen Voraussetzungen vergeben zu können (Bestätigung von BGH, NZBau 2014, 310 – Autobahnkreuz Heidelberg). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.
3. Die Aufhebung eines offenen Verfahrens kann nicht darauf gestützt werden, dass kein den Vergabebedingungen entsprechendes Angebot eingegangen ist, wenn dies mit fehlenden Referenzen begründet wird, deren Vorlagepflicht sich der Vergabebekanntmachung (i.V.m. den Vergabeunterlagen) nicht mit der notwendigen Eindeutigkeit entnehmen lässt

OLG Celle, Beschluss vom 03.07.2018, Az.: 13 Verg 8/17; NZBau 2019, 213 = IBR 2019, 39

\*\*\*\*\*

#### 6. Aufklärungspflicht des Bieters gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber

1. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, vom Bieter Aufklärung zu verlangen, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen. Dies ist der Fall, wenn der Preis erheblich unterhalb der eingegangenen Konkurrenzangebote, einer qualifizierten Kostenschätzung oder Erfahrungswerten des Auftraggebers mit wettbewerblicher Preisbildung aus anderen Vergabeverfahren liegt.



2. Die Überprüfungspflicht des Auftraggebers ist jedoch durch den Grundsatz der Zumutbarkeit begrenzt.
3. Auftraggeber dürfen sich auf Erklärungen des Wirtschaftsprüfers des Bieters stützen. Je inhaltsärmer Wirtschaftsprüferangaben allerdings sind, desto mehr können daneben weitere Anhaltspunkte für die Auskömlichkeit des zu prüfenden Angebots notwendig sein.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018, Az.: Verg 19/18; ZfBR 2019, 720 = IBR 2019, 335

\*\*\*\*\*

### 7. Zulässigkeit der Anforderungen an Referenzen - LMBV

1. (...)
4. Grundsätzlich ist für die Beurteilung, ob ein Bieter die Eignungsvoraussetzungen erfüllt, auf den Zeitpunkt des Vertragsbeginns abzustellen, sofern sich der öffentliche Auftraggeber nicht in der Bekanntmachung einen anderen Zeitpunkt vorbehalten hat.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2018, Az.: Verg 28/18; NZBau 2019, 264 = ZfBR 2019, 826

\*\*\*\*\*

### 8. Wann kann eine Ausschreibung wegen mangelnder Finanzierbarkeit aufgehoben werden?

1. Die mangelnde Finanzierbarkeit eines Vorhabens kann ein schwer wiegender Grund i.S.d. § 17 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2016 sein.
2. Voraussetzung für eine Aufhebung wegen mangelnder Finanzierbarkeit ist das Vorliegen einer Finanzierungslücke, die nicht auf einen Fehler des Auftraggebers bei der Ermittlung des Finanzierungsbedarfs und der daran anschließenden Einwerbung der benötigten Mittel zurückzuführen ist.
3. Zu einer ordnungsgemäßen Ermittlung des Finanzierungsbedarfs gehört es, einen Sicherheitszuschlag auf das Ergebnis der sorgfältig geschätzten Kosten vorzunehmen. Die Höhe des Sicherheitszuschlags hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.08.2018, Az.: Verg 14/17; NZBau 2019, 195 = ZfBR 2019, 91 = IBR 2019, 30

\*\*\*\*\*

### 9. Keine Berücksichtigung früherer Umsätze verschmolzener Unternehmen – HAV-KOM-Projektsteuerung

1. Wird in der Bekanntmachung als Eignungskriterium eine Erklärung des Bewerbers über dessen Gesamtumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren gefordert und darauf hingewiesen, dass die Höchstpunktzahl bei einem durchschnittlichen Umsatz von mehr als 1,5 Mio. Euro pro Jahr erzielt wird, so genügt es für die Höchstpunktzahl nicht, wenn zwar der Gesamtumsatz der letzten drei Jahre mehr als 4,5 Mio.

Euro beträgt, der Umsatz von mehr als 1,5 Mio. Euro jedoch in einem der drei Jahre nicht erreicht worden ist.

2. Ein Unternehmen, das durch Verschmelzung entstanden ist, kann sich für den Nachweis seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht auf die früheren Umsätze der verschmolzenen Unternehmen berufen.
3. Für die Feststellung einer subjektiven Rechtsverletzung i.S.d. § 97 VI GWB genügt es, dass nicht oder nicht zuverlässig beurteilt werden kann, ob der Antragsteller bei vergaberechtskonformer Korrektur des Verfahrens in der Wertung den ersten Platz erringen kann. Darüber hinaus hat der Bewerber in einem Teilnahmeverfahren einen subjektiven Anspruch darauf, dass das Auswahlverfahren auch in Bezug auf Konkurrenten eingehalten wird.
4. Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsgespräch bauen aufeinander auf. Vergaberechtsverstöße im Teilnahmewettbewerb setzen sich daher in der zweiten Stufe des Verfahrens fort und können auch noch nach Abschluss der zweiten Stufe gerügt werden.

OLG München, Beschluss vom 21.09.2018, Az.: Verg 4/18; NZBau 2019, 205 = VergabeR 2019, 200 = IBR 2019, 36

\*\*\*\*\*

#### 10. Kommunale Wohnbaugesellschaft = öffentlicher Auftraggeber?

Eine Wohnungsbaugesellschaft, die sich ganz oder mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand befindet, ist kein öffentlicher Auftraggeber, wenn sie ihre Aufgaben mit Gewinnerzielungsabsicht und daher gewerblich wahrnimmt. Sie ist infolgedessen nicht verpflichtet, Ausschreibungen für Bauaufträge entsprechend den Regelungen des GWB und der VOB/A durchzuführen.

OLG Hamburg, Beschluss vom 11.02.2019, Az.: 1 Verg 3/15; NZBau 2019, 397 = VergabeR 2019, 390 = IBR 2019, 272

\*\*\*\*\*

#### 11. Unwirksamer Vertrag nach § 135 II GWB – JVA Ravensburg

1. (...)
2. Äußerste Dringlichkeit iSd § 3a III Nr. 4 VOB/A-EU, die ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb rechtfertigt, ist regelmäßig nur bei unaufschiebbaren, nicht durch den Auftraggeber verursachten Ereignissen anzunehmen, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche Aufgabenerfüllung droht.
3. Bloße finanzielle Gründe oder wirtschaftliche Erwägungen, wie die Einhaltung haushaltsrechtlicher Wirtschaftlichkeitsgrundsätze können eine solche äußerste Dringlichkeit iSd § 3a III Nr. 4 VOB/A-EU regelmäßig nicht begründen.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.02.2019, Az.: 15 Verg 9/18; NZBau 2019, 748 = IBR 2019, 387

\*\*\*\*\*

*12. Kostenschätzung muss wirklichkeitsnah sein!*

1. Eine Kostenprognose ist nicht vertretbar, wenn sie auf erkennbar unrichtigen Daten beruht, insbesondere wenn sie eine vorhersehbare Kostenentwicklung unberücksichtigt lässt oder ungeprüft und pauschal auf anderen Kalkulationsgrundlagen beruhende Werte übernimmt.
2. Von einer zulässigen Auslegung des Angebotsinhalts ist auszugehen, wenn der tatsächlich gemeinte Preis durch Auslegung zu ermitteln ist. Sind Nachforschungen über das wirklich Gewollte beim Bieter erforderlich, sind diese Anforderungen nicht erfüllt.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.03.2019, Az.: Verg 42/18; VergabeR 2019, 680 = IBR 2019, 336

\*\*\*\*\*

*13. Grenzen des Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, insbesondere bei der Ausschreibung von Postdienstleistungen*

1. (...)
4. Vertragsklauseln sind im Nachprüfungsverfahren nicht grundsätzlich auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit zu prüfen.

OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019, Az.: 13 Verg 7/18; NZBau 2019, 462 = VergR 2019, 559 = IBR 2019, 388

\*\*\*\*\*

*14. Hohes Risikopotenzial rechtfertigt Gesamtvergabe!*

1. Das Absehen vom Regelfall der Losvergabe erfordert eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange, wobei der Auftraggeber wegen der dabei anzustellenden prognostischen Überlegungen einen Beurteilungsspielraum hat, der im Nachprüfungsverfahren (nur) der rechtlichen Kontrolle unterliegt (im Anschluss an OLG Frankfurt, IBR 2018, 461; OLG Düsseldorf, IBR 2012, 533).
2. Die Beschaffungsautonomie ist kein Freibrief für eine Gesamtvergabe, allerdings können sich aus dem korrekt ausgewählten Auftragsgegenstand Belange ergeben, die der Auftraggeber bei der Abwägung für oder gegen eine Losvergabe berücksichtigen kann.
3. Konkrete projektbezogene Besonderheiten wie z. B. ein hohes Risikopotenzial des Objekts können eine Gesamtvergabe rechtfertigen (hier: Sicherheitstechnik für eine JVA).

OLG München, Beschluss vom 25.03.2019, Az.: Verg 10/18; VergabeR 2019, 518 = NZBau 2019, 538 = IBR 2019, 338

\*\*\*\*\*

### 15. Eignungsleihe auch bei Referenzen von Konzerngesellschaften – Strombrückenzug

1. (...)
2. Hat das Bieterunternehmen ein anderes Unternehmen übernommen oder wurde es mit diesem Unternehmen verschmolzen, so können dessen Referenzen als eigene Referenzen erst dann verwendet werden, wenn die Verschmelzung oder Fusion mit dem Unternehmen abgeschlossen ist und die für die Referenz maßgeblichen Erfahrungen und Ressourcen tatsächlich auf das Bieterunternehmen übergegangen sind.
3. Grundsätzlich sind auch die Referenzen von Konzerngesellschaften oder zum Konzern gehöriger Einheiten als Referenzen Dritter anzusehen, und zwar unabhängig von der Intensität der konzernrechtlichen Verflechtung.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2019, Az.: VII-Verg 36/18; NZBau 2019, 737 = VergabeR 2019, 774 = IBR 2019, 516

\*\*\*\*\*

### 16. Kein berechtigtes Interesse für Wahlposition - BIMA

1. Wahlpositionen sind Leistungspositionen, in denen sich der öffentliche Auftraggeber noch nicht festgelegt hat, sondern mehrere Alternativen der Leistungserbringung ausschreibt, von denen er, nach Kenntnisnahme der Angebotsinhalte, eine Alternative für den Zuschlag auswählt.
2. Die Aufnahme einer Wahlposition in das Leistungsverzeichnis ist unzulässig, wenn dem öffentlichen Auftraggeber hierfür kein berechtigtes Interesse, die zu beauftragende Leistung in den betreffenden Punkten einstweilen offen zu halten, zur Seite stand.
3. Dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Bekanntmachung der Ausschreibung noch nicht weiß, ob eine Leistung ausgeführt werden kann oder soll oder ob an deren Stelle eine gleichwertige ähnliche Leistung treten soll, reicht für sich genommen für die Annahme eines berechtigten Interesses nicht aus, weil bei einem derart großzügigen Maßstab in unzulässiger Weise Mängel einer unzureichenden Planung ausgeglichen würden.
4. Sind in einem Leistungsverzeichnis Grund- und Wahlpositionen aufgeführt, die sich lediglich hinsichtlich der Vorgabe zur Korngröße, auf die das Abbruchmaterial zu verkleinern ist, unterscheiden, so liegt seitens des öffentlichen Auftraggebers kein berechtigtes Interesse für die Wahlposition vor, wenn sich herausstellt, dass für die Bestimmung der Korngröße tatsächlich weder weitere Abbruchleistungen auf dem Gesamtgelände noch eine abgeschlossene Landschaftsbauwerkplanung erforderlich waren.
5. Ein Nachprüfungsantrag ist im Falle eines festgestellten Verstoßes gegen Vergaberecht nur dann unbegründet, wenn vollständig ausgeschlossen werden kann, dass es durch den Verstoß gegen Vergabevorschriften zu einer Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers gekommen ist.
6. Kein Ausschluss der Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers liegt vor, wenn das Angebot der Beigeladenen das wirtschaftlichste Angebot ist, nachdem der Auftraggeber die Ausführung der Wahlposition bestimmt hat, da nicht

feststeht, welches Angebot der Antragsteller abgegeben hätte, wenn nur die Wahlposition ausgeschrieben worden wäre.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.05.2019, Az.: VII-Verg 61/18, NZBau 2019, 742 = VergabeR 2019, 789 = IBR 2019, 515

\*\*\*\*\*

### 17. Keine öffentliche Auftraggebereigenschaft - Handwerkskammer

1. Eine Handwerkskammer, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, ist nicht öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB, da ihre Leistung nicht der Aufsicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB unterliegt und die zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe nicht durch Stellen nach § 99 Nr. 1 oder 3 GWB bestimmt worden sind.
2. An der Eigenschaft der Handwerkskammer als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB mangelt es, wenn die von der Ausschreibung umfassten Maßnahmen nicht zu mehr als 50 % subventioniert werden, wobei es nicht auf eine umfassende Betrachtung des Gesamtvorhabens (hier: Neubau eines Bildungs- und Konferenzzentrums) bzw. aller Einzellose ankommt, sondern nur auf die vom jeweiligen Einzellos umfassten Positionen.

VK Bund, Beschluss vom 16.11.2018, Az.: VK 1-99/18; NZBau 2019, 271 = IBR 2019, 214

\*\*\*\*\*

## II. Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

### 1. Vergabenachprüfungsverfahren: Rechtmäßigkeit der Aufhebung des Vergabeverfahrens; Wertung eines Skontoangebots; Bereitstellung von Vergabeunterlagen in elektronischer Form

1. Gemäß § 17 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A kann eine Ausschreibung aufgehoben werden, wenn - außerhalb der Fälle der Nr. 1 und 2 - andere schwer wiegende Gründe für eine Aufhebung bestehen. Das Vorliegen schwer wiegender Gründe richtet sich nach einer Interessenabwägung der maßgeblichen Verhältnisse im Einzelfall. Dafür, dass die tatsächlichen Voraussetzungen einer Aufhebung der Ausschreibung vorliegen, ist im Nachprüfungsverfahren der öffentliche Auftraggeber darlegungs- und beweisbelastet.
2. Läuft ein Vergabeverfahren schon über einen längeren Zeitraum und ist ein Ende nicht absehbar, ist der Auftraggeber berechtigt, das Vergabeverfahren aufzuheben, wenn ansonsten wegen eines durch das Nachprüfungsverfahren begründeten Baustopps und damit einhergehender Ertragsausfälle des Auftraggebers dessen Existenz gefährdet wäre.
3. Zu den wirtschaftlichen Umständen eines Angebots, die in die Wertung einzubeziehen sind, gehören jedenfalls dann, wenn die Bieter aufgefordert worden sind, solche anzubieten, auch Skontoabzüge. Voraussetzung dafür ist, dass die Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Skonto klar und eindeutig umschrieben werden (BGH, 11. März 2008 – X ZR 134/05).
4. Zum Download bereitgestellte Dateien dürfen nicht zu Angeboten führen, die nicht miteinander vergleichbar sind. Die Dateiinhalte dürfen nicht nur in sich, sondern

auch untereinander nicht widersprüchlich oder missverständlich sein. Kommt solches nach Art, Beschaffenheit oder Verwendungseignung von Dateien in Betracht, so muss der öffentliche Auftraggeber den Bietern gegebenenfalls Verwendungshinweise geben, die Unklarheiten ausschließen.

5. Ein besonderes Feststellungsinteresse kann sich insbesondere sowohl aus der nicht auszuschließenden Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs des Bieters gegen den öffentlichen Auftraggeber im Falle des Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes als auch aus einer Wiederholungsgefahr ergeben.
6. Richtiger Antragsgegner des Vergabenachprüfungsverfahrens ist derjenige, der sich in der Auftragsbekanntmachung und/oder den Vergabeunterlagen als Auftraggeber zu erkennen gegeben hat.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.01.2018, Az.: VII-Verg 41/16; ZfBR 2019, 820

\*\*\*\*\*

## 2. Unwirksamkeit nicht in Bekanntmachung enthaltener Eignungskriterien - Poppelsdorfer Schloss

1. Eignungskriterien müssen nicht nur mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen, sondern sie müssen auch wirksam aufgestellt und die hierzu zu erbringenden Nachweise müssen vom Auftraggeber wirksam gefordert werden, was nach § 122 IV 2 GWB grundsätzlich voraussetzt, dass diese bereits in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung aufgeführt worden sind.
2. Keine wirksame, sondern eine unzulässige Aufstellung der Eignungskriterien und der hierzu zu erbringenden Nachweise liegt vor, wenn der Auftraggeber in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung hinsichtlich der vorzulegenden Eignungsunterlagen lediglich auf die Vergabeunterlagen verweist.
3. Ebenso wenig liegt eine wirksame, sondern eine unzulässige Aufstellung der Eignungskriterien und der hierzu zu erbringenden Nachweise vor, wenn in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung lediglich eine elektronische Adresse angegeben ist, über die die Vergabeunterlagen gem. § 41 I VgV uneingeschränkt, unentgeltlich, vollständig und direkt abgerufen werden können.
4. Fehlen die erforderlichen Angaben in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung, sind die Eignungsanforderungen trotzdem wirksam aufgestellt und die Nachweise hierzu gefordert, wenn der Auftraggeber einen Link zum Formblatt Eigenerklärung zur Eignung eingefügt hat, so dass am Auftrag interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken zu dem Formblatt mit den Eignungsanforderungen und zu den hierzu vorzulegenden Nachweisen gelangen konnten.
5. Sind die erforderlichen Angaben zu den Eignungsanforderungen nicht wirksam aufgestellt und die Nachweise nicht wirksam in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung gefordert, so stellt dies jedoch einen so schwerwiegenden vergaberechtlichen Mangel dar, der in der Regel eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens und eine neue Auftragsbekanntmachung oder Aufforderung zur Interessenbestätigung erfordert, wenn nicht auf die Eignungsanforderungen verzichtet werden kann.

6. Die Schwere dieses vergaberechtlichen Mangels gibt Veranlassung, ihn bereits von Amts wegen entsprechend § 163 GWB zu berücksichtigen, und zwar ausnahmsweise auch dann, wenn dieser Vergaberechtsverstoß vom Antragsteller gar nicht zuvor gerügt wurde.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018, Az.: VII-Verg 24/18; NJW 2020, 247 = NZBau 2019, 64 = ZfBR 2019, 292 = IBR 2018, 640

\*\*\*\*\*

### 3. "Abgelaufenes" Führungszeugnis = fehlende Unterlage: Nachforderung möglich!

1. Die Vergabestelle darf die Frist zur Vorlage von Unterlagen nach § 56 VgV nach eigenem Ermessen bestimmen und gegebenenfalls auch vor deren Ablauf verlängern.
2. Ist die Vorlage eines "aktuellen" polizeilichen Führungszeugnisses verlangt und legt der Bieter ein zwei Jahre altes Zeugnis vor, entspricht dies zwar rein formal nicht den Anforderungen, die Vergabestelle darf das Dokument aber nachfordern.

OLG München, Beschluss vom 27.07.2018, Az.: Verg 2/18; NZBau 2019, 138 = VergabeR 2019, 70 = IBR 2019, 91

\*\*\*\*\*

### 4. Ausschluss eines Angebots ohne elektronische Signatur – BfA Kiel

1. Grundsätzlich reicht für die Einreichung eines Angebots die Übermittlung in Textform nach § 126b BGB mit Hilfe elektronischer Mittel aus, bei der auf die eigenhändige Unterschrift verzichtet wird. Jedoch kann der öffentliche Auftraggeber gem. § 53 III VgV erhöhte Anforderungen an die Sicherheit der zu übermittelnden Daten stellen und eine fortgeschrittene elektronische Signatur oder eine qualifizierte elektronische Signatur des Bieters verlangen.
2. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 57 I VgV sind nicht nur Angebote auszuschließen, die die in § 53 I VgV festgelegten Erfordernisse nicht erfüllen. Die genannte Vorschrift nimmt vielmehr auf § 53 VgV insgesamt und damit auf sämtliche dort geregelten Erfordernisse einer formgerechten Angebotsabgabe Bezug.
3. Unter den weit auszulegenden Begriff der in § 56 II VgV genannten Unterlagen fallen fehlende Unterschriften oder Signaturen unter dem einzureichenden Angebot nicht, so dass sie nicht nachgefordert werden können.
4. Die Vergabekammer kann nicht aufgrund des § 168 I 2 GWB ungeachtet einer Rechtsgutverletzung des Antragstellers auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken. Die Vorschrift ermächtigt die Vergabekammer zu keiner allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle. Vielmehr müssen diejenigen Vergaberechtsverstöße, welche die Vergabekammer zum Anlass nimmt, unabhängig von den Anträgen des Antragstellers, mithin von Amts wegen, die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens sicherzustellen, zugleich den Antragsteller betreffen und ihn in seinen Rechten verletzen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.09.2018, Az.: VII-Verg 32/18; NZBau 2019, 193 = VergabeR 2019, 421 = ZfBR 2019, 612 = IBR 2019, 208

\*\*\*\*\*

## 5. *Wettbewerbswidrige und intransparente Zuschlagskriterien – Postzustellung Niedersachsen*

1. Die Grenze zur Vergaberechtswidrigkeit ist überschritten, wenn der öffentliche Auftraggeber qualitativen Wertungskriterien ein Gewicht zumisst, das sachlich nicht zu rechtfertigen ist und die Annahme nahelegt, dass die Kriterien so ausgestaltet wurden, dass nur einzelne Unternehmen realistische Aussichten auf den Zuschlag haben, während andere Anbieter trotz objektiv gegebener Eignung von vornherein chancenlos wären (hier: Gewichtung der Postzustellung am Folgetag).
2. Das Transparenzgebot erfordert, dass die Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, präzise und eindeutig formuliert werden, so dass alle mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber tatsächlich überprüfen kann, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen (hier: Intransparenz des Kriteriums „einheitliches Codiersystem“).
3. Bei der Entscheidung über den Antrag nach § 173 I GWB sind neben den Erfolgsaussichten der Beschwerde und dem Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens auch die Aussichten der Antragstellerin zu berücksichtigen, im Vergabeverfahren den Auftrag zu erhalten. Bei einer erfolgversprechenden Beschwerde ist es regelmäßig geboten, dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben.
4. Für die Antragsbefugnis nach § 160 II GWB ist es ausreichend, wenn das Interesse am Auftrag durch eine vorprozessuale Rüge und den abschließenden Nachprüfungsantrag dokumentiert wird. Einer Angebotsabgabe bedarf es in Fällen, in denen sich ein Interessent an der Abgabe eines wirtschaftlicheren Angebots aufgrund von ihm als vergaberechtswidrig beanstandeten Ausschreibungsbedingungen gehindert sieht, nicht.

OLG Celle, Beschluss vom 11.09.2018, Az.: 13 Verg 4/18; NZBau 2019, 208 = IBR 2019, 270

\*\*\*\*\*

## 6. *Aufschiebende Wirkung ist auch nach zwei Wochen wiederherstellbar!*

1. Über den Wortlaut des § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB kann das Beschwerdegericht auch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde anordnen.
2. Ein entsprechender Antrag kann auch noch nach Ablauf der Zwei-Wochen-Frist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB gestellt werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.09.2018, Az.: Verg 50/18; ZfBR 2019, 296 = IBR 2019, 32

\*\*\*\*\*

## 7. *Für die Nachforderung von Unterlagen ist eine sechs Tagesfrist angemessen*

1. Mängel der Dokumentation im Vergabevermerk (hier: fehlerhafte Datumsbezeichnung und keine gemeinsame Angebotsöffnung) führen nicht generell und unabhängig von ihrem Gewicht und Stellenwert zu einer Wiederholung der betroffenen Abschnitte des Vergabeverfahrens.



2. Eine Wiederholung ist nur in solchen Fällen erforderlich, in denen zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentation nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gefahr von Manipulationen besteht (hier verneint).
3. Der öffentliche Auftraggeber kann sich bei der Angebotsöffnung von einem Mitarbeiter oder einem externen Berater wie etwa einem Rechtsanwalt vertreten lassen.
4. Nachgeforderte Unterlagen sind vom Bewerber oder Bieter nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber innerhalb einer von diesem festzulegenden angemessenen Frist vorzulegen. Im Regelfall ist eine Frist von sechs Kalendertagen angemessen.
5. Auf eine zu kurz bemessene Frist kann in Angebotsausschluss nicht gestützt werden.
6. Erfährt der öffentliche Auftraggeber, dass sich der Geschäftsführer eines Bieterunternehmens wegen Untreue und Steuerhinterziehung über einen Zeitraum von mindestens zwei Monaten in Untersuchungshaft befunden hat, muss er die Eignungsprüfung wiederholen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2018, Az.: Verg 31/18; ZfBR 2019, 510 = IBR 2019, 209

\*\*\*\*\*

#### 8. Keine Verweisung an Sozialgerichtsbarkeit – Stomaartikel 29

1. Der Vergabesenat kann ein bei ihm als Beschwerdeverfahren anhängiges Vergabenaachprüfungsverfahren an das örtlich und sachlich zuständige erstinstanzliche Gericht der Sozialgerichtsbarkeit verweisen, wenn der Rechtsweg zu den Vergabenaachprüfungsinstanzen nicht eröffnet und der Rechtsweg zu den Sozialgerichten zulässig ist.
2. Gesetzliche Krankenkassen sind öffentliche Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 2 GWB.
3. Ob es sich bei einer als verletzt gerügten Vorschrift um eine bieterschützende vergaberechtliche Vorschrift i.S.v. § 97 Abs. 4 GWB handelt, ist keine Frage der Statthaflichkeit des Nachprüfungsantrags, sondern eine der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB.
4. Im Vergabenaachprüfungsverfahren haben die Anträge keine den Streitgegenstand umgrenzende Funktion, weil die Vergabekammer nach § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB nicht an die Anträge gebunden ist.
5. Haupt- und Hilfsanträgen kommt im Vergabenaachprüfungsverfahren keine Bedeutung zu, die es erlaubte, daraus in Anlehnung an den zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff des Zivilprozessrechts eine unterschiedliche Rechtswegzuständigkeit für verschiedene Streitgegenstände abzuleiten.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.01.2019, Az.: VII-Verg 30/18; NZBau 2019, 261

\*\*\*\*\*

### 9. Bekanntmachung von Eignungskriterien kann durch konkrete Verlinkung erfolgen

1. Eignungskriterien sind gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Das schließt es aus, Bieter zur Kenntnisnahme der Eignungsanforderungen auf die Vergabe- oder Auftragsunterlagen als Ganzes zu verweisen; dabei ist unerheblich, ob diese Unterlagen in Papierform zur Verfügung stehen oder über einen Link nur elektronisch zugänglich sind.
2. Ein konkreter Link, mit dem am Auftrag interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken zu einem Formblatt gelangen können, aus dem sich die Eignungsanforderungen ergeben, ist als Mittel der ordnungsgemäßen Bekanntmachung ausreichend.
3. Die notwendige Anmeldung des Interessenten auf einer Internetplattform mittels Benutzernamen und Passwort stellt kein vergaberechtlich relevantes Hindernis dar, solange nur der Text gemäß § 122 Abs. 3 S. 2 GWB selbst das elektronische Dokument konkret bezeichnet, das die bekannt zu machenden Informationen enthält.

OLG Dresden, Beschluss vom 15.02.2019, Az.: Verg 5/18; VergabeR 2019, 542 = NZBau 2019, 745 = ZfBR 2019, 829

\*\*\*\*\*

### 10. Eignungskriterien werden durch pauschalen Verweis nicht wirksam bekannt gemacht!

Es fehlt an einer wirksamen Bekanntmachung der geforderten Eignungskriterien, wenn in der Auftragsbekanntmachung lediglich pauschal auf die Auftragsunterlagen verwiesen wird. Auch ein Link in der Bekanntmachung, der nur auf eine Plattform der Vergabestelle mit mehreren laufenden Vergabeverfahren führt, ist unzureichend (im Anschluss an OLG Düsseldorf, IBR 2018, 640).

OLG München, Beschluss vom 25.02.2019, Az.: Verg 11/18; NZBau 2019, 471 = ZfBR 2019, 615

\*\*\*\*\*

### 11. Ein Link, ein Klick - alles klar, alles da?

Die Auftragsbekanntmachung erfordert eine Internetadresse,

- unter der die Vergabeunterlagen vollständig und nicht nur Teile derselben heruntergeladen werden können,
- die einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu den Vergabeunterlagen enthält.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.05.2019, Az.: Verg 47/18; NZBau 2019, 665 = IBR 2019, 688

\*\*\*\*\*

### 12. Fehlerhafte Unterlagen "fehlen" nicht!

1. Erklärungen oder Nachweise, die körperlich vorliegen, aber nicht den Vorgaben entsprechen, "fehlen" nicht.

2. Eine Nachforderungspflicht des Auftraggebers im Hinblick auf körperlich vorhandene Unterlagen besteht nur in rein formaler Hinsicht.
3. Die Vorschrift des § 56 Abs. 2 VgV ist richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass ein Bieter "fehlerhafte Unterlagen" nicht inhaltlich nachbessern darf.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.08.2019, Az.: 15 Verg 10/19; IBR 2019, 693

\*\*\*\*\*

### III. Schadensersatz

#### 1. *Abwehrklausel in Bieteranschriften; das „Wie“ der Preiskalkulation ist Bietersache; Schadensersatz wegen Vergaberechtsverstößes auch ohne Nachprüfungsantrag oder Rüge*

1. (...)
4. Auch wenn ein Bieter einen Vergaberechtsverstoß erkennt oder erkennen kann und ihn nicht innerhalb der in § 160 Abs. 3 GWB genannten Fristen rügt, wird er dadurch in einem späteren Schadensersatzprozess nicht präkludiert.

BGH, Urteil vom 18.06.2019, Az.: X ZR 86/17; BauR 2019, 1771 = NZBau 2019, 661 = IBR 2019, 573

\*\*\*\*\*

### D. GSB/BauFordSiG

#### 1. *Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld*

1. Der Empfänger von Baugeld muss dessen zweckgerechte Verwendung darlegen und erforderlichenfalls beweisen (Anschluss an BGH, Urteil vom 19. August 2010, VII ZR 169/09).
2. Der Geschäftsführer einer GmbH ist gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1 BauFordSiG persönlich schadensersatzpflichtig, wenn und soweit die GmbH eine einem ausführenden Bauunternehmer zustehende Werklohnforderung vor ihrer masselosen Insolvenz nicht mehr erfüllt und der Geschäftsführer die zweckgerechte Verwendung des Baugeldes, das die von ihm geführte Gesellschaft in die offene Forderung übersteigender Höhe erhalten hat, nicht darlegen und beweisen kann.

OLG Celle, Urteil vom 27.06.2018, Az.: 9 U 61/17; NJW-RR 2018, 982 = NZBau 2018, 604 = ZIP 2019, 420 = IBR 2018, 507

\*\*\*\*\*

#### 2. *Schadensersatzanspruch wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld verjährt in drei Jahren!*

1. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer eines Bauunternehmens wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld kann schon dann geltend gemacht werden, wenn die zweckwidrige Verwendung des Baugelds eingetreten ist. Nicht erforderlich ist, dass bereits ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bauunternehmens beantragt bzw. eröffnet wurde.

2. Die dreijährige Verjährungsfrist eines Schadensersatzanspruchs wegen zweckwidriger Verwendung von Baugeld beginnt mit dem Ende des Jahres der Anspruchsentstehung, soweit der Bauherr entweder Kenntnis vom Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen hatte oder über die Voraussetzungen des Anspruchs in grob fahrlässiger Unkenntnis war.

OLG Brandenburg, Urteil vom 25.07.2018, Az.: 7 U 98/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 08.05.2019, Az.: VII ZR 176/18); IBR 2019, 671

\*\*\*\*\*

### 3. *Baugeld fließt auf Geschäftskonto: Empfänger trifft gesteigerte Kontrollpflicht!*

1. Um der dem Empfänger von Baugeld aufgrund der Regelung des § 1 Abs. 4 BauFordSiG obliegenden Darlegungs- und Beweislast zu genügen, ist eine substantiierte Darlegung und Aufschlüsselung dahingehend, welche Zahlungen auf das Bauwerk geleistet worden sind und in welcher Art und Weise empfangenes Baugeld an die jeweiligen Bauhandwerker weitergeleitet worden ist, erforderlich. Dazu ist eine geordnete Zusammenstellung hinsichtlich aller baubezogenen Werk-, Dienst- und Kaufverträge, der hierauf erbrachten baubezogenen Leistungen und geleisteten Zahlungen erforderlich. Die Baugläubiger unter Nennung des ausgeführten Gewerks nur aufzulisten, reicht hierzu nicht.
2. Der Empfänger von Baugeld ist grundsätzlich berechtigt, als eigene Aufwendungen im Sinne des § 1 Ab. 2 BauFordSiG neben Personal-, Baustellen- und Gerätekosten auch Kosten für Verwaltungsgemeinkosten, Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn, Vertriebskosten und Lohngemeinkosten abzusetzen. Hierfür spricht der Wille des Gesetzgebers bei der Änderung des § 1 Abs. 2 BauFordSiG (Gesetzesbegründung zur BT-Drucks. 16/13159, S. 6). Nur die zahlenmäßige Bezifferung dieser Kosten ohne nachvollziehbaren Bezug zu dem Bauvorhaben genügt der Darlegungslast allerdings nicht.
3. Fließt das Baugeld nicht auf ein gesondertes Baugeldkonto, sondern auf ein allgemein genutztes Geschäftskonto, resultiert hieraus eine gesteigerte Kontrollpflicht, Beträge in Höhe des (noch) nicht verbrauchten Baugelds nicht zur Begleichung anderer Verbindlichkeiten einzusetzen, sondern für die zweckgerechte Verwendung weiterhin zur Verfügung zu halten. Kommt der Baugeldempfänger dieser Kontrollpflicht nicht nach, nimmt er letztlich die Möglichkeit der zweckwidrigen Verwendung der Baugelder billigend in Kauf.
4. (...)

OLG Hamm, Urteil vom 09.10.2018, Az.: 7 U 103/16; BauR 2019, 1168 = IBR 2019, 136

\*\*\*\*\*

### 4. *Generalunternehmer muss Eigenleistungen beweisen!*

Der Generalunternehmer, der Eigenleistungen erbringt, trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 1 Abs. 2 GSB a.F., also für den Umfang und Wert der Eigenleistungen.

OLG München, Urteil vom 30.07.2019, Az.: 9 U 1574/17 Bau; ZfBR 2019, 680 = IBR 2019, 670

\*\*\*\*\*

## E. Architekten-/Ingenieurrecht (Auswahl)

### I. Allgemein

#### 1. Verstoß der Mindest- und Höchstsätze der HOAI gegen Unionsrecht

Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat.

EuGH, Urteil vom 04.07.2019, Az.: C-377/17; BauR 2019, 1624 = NJW 2019, 2529 = NZBau 2019, 511 = ZfBR 2019, 713 = IBR 2019, 436

\*\*\*\*\*

#### 2. Kann der Künstler/Planer den Abriss verhindern?

1. Die Vernichtung eines urheberrechtlich geschützten Werks stellt eine "andere Beeinträchtigung" im Sinne des § 14 UrhG dar. Bei der Prüfung, ob die Vernichtung geeignet ist, die berechtigten persönlichen und geistigen Interessen des Urhebers am Werk zu gefährden, ist eine umfassende Abwägung der Interessen des Urhebers und des Eigentümers des Werks vorzunehmen.
2. Bei der Interessenabwägung ist auf Seiten des Urhebers zu berücksichtigen, ob es sich bei dem vernichteten Werk um das einzige Vervielfältigungsstück des Werks handelte, oder ob von dem Werk weitere Vervielfältigungsstücke existieren. Ferner ist zu berücksichtigen, welche Gestaltungshöhe das Werk aufweist und ob es ein Gegenstand der zweckfreien Kunst ist oder als angewandte Kunst einem Gebrauchszweck dient.
3. Auf Seiten des Eigentümers können, wenn ein Bauwerk oder Kunst in oder an einem solchen betroffen ist, bautechnische Gründe oder das Interesse an einer Nutzungsänderung von Bedeutung sein. Bei Werken der Baukunst oder mit Bauwerken unlösbar verbundenen Kunstwerken werden die Interessen des Eigentümers an einer anderweitigen Nutzung oder Bebauung des Grundstücks oder Gebäudes den Interessen des Urhebers am Erhalt des Werks in der Regel vorgehen, sofern sich aus den Umständen des Einzelfalls nichts anderes ergibt.
4. Im Rahmen der Interessenabwägung kann sich auswirken, ob der Eigentümer dem Urheber Gelegenheit gegeben hat, das Werk zurückzunehmen oder - wenn dies aufgrund der Beschaffenheit des Werks nicht möglich ist - Vervielfältigungsstücke hiervon anzufertigen.

BGH, Urteil vom 21.02.2019, Az.: I ZR 98/17; BauR 2019, 1173 = NJW 2019, 2322 = IBR 2019, 324

\*\*\*\*\*

#### 3. Qualifizierung der Regelung in Vertragsmuster des Bundes für Verträge mit Architekten als AGB/Kontrollfreiheit von Baukostenobergrenzen

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu zahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen (Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen), sind von der Inhaltskontrolle ausgenommen. Die Freistellung von der Inhaltskontrolle gilt jedoch nur für Abreden über

den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten, d.h. den Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.

2. Zu den Leistungsbestimmungen, von denen die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Leistungspflichten des Architekten abhängig ist und die damit den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten bilden, gehören sämtliche Vereinbarungen der Vertragsparteien zur Beschaffenheit der von dem Architekten zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele.
3. Zur Frage, ob die in Vertragsmustern des Bundes für Verträge mit Architekten vorgesehenen Regelungen

*"Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von \_\_\_ € brutto/€ netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind."*

als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind.

Ergänzend:

4. Für die Frage, ob vorstehende Vertragsbestimmung für eine Vielzahl von Verträgen verwendet werden soll, ist eine Absicht des Auftraggebers entscheidend, die ausgefüllte Vertragsbestimmung für mindestens zwei weitere Verträge zu verwenden. Das ist bei einer Baukostenobergrenze zu verneinen. Sie wird entsprechend den Gegebenheiten des konkret zu planenden und gegebenenfalls zu verwirklichenden Bauvorhabens und den für dieses Vorhaben verfügbaren finanziellen Mitteln festgesetzt. Baukostensumme und Bauvorhaben bilden deshalb eine nur das konkrete Bauvorhaben betreffende, individuelle Einheit. Eine Verwendung der ausgefüllten Vertragsbedingung für einen Vertrag, der ein anderes Bauvorhaben betrifft, ist ebenso wenig vorgesehen wie eine nochmalige Verwendung für dieselbe Planungs- und/oder Überwachungsleistung bei diesem Bauvorhaben.

BGH, Urteil vom 11.07.2019, Az.: VII ZR 266/17; BauR 2019, 1805 = NJW 2019, 2997 = NZBau 2019, 632 = ZfBR 2019, 774 = IBR 2019, 500

\*\*\*\*\*

#### 4. Ungerechtfertigte Bereicherung wegen „heimlicher“ Verwendung einer Entwurfsplanung

1. In der „heimlichen“ Verwendung einer Entwurfsplanung im Bauantragsverfahren ohne Zustimmung des Entwurfsverfassers kann eine ungerechtfertigte Bereicherung i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB liegen.
2. Der Verwender ist dem Entwurfsverfasser in diesem Fall zum Wertersatz gem. § 818 Abs. 2 BGB verpflichtet. Der Wertersatz bemisst sich dabei nach den Mindestsätzen der HOAI.

OLG Celle, Urteil vom 20.03.2019, Az.: 14 U 55/18; BauR 2019, 994 = NJW-RR 2019, 796 = NZBau 2019, 456 = IBR 2019, 325

\*\*\*\*\*

## II. Vertragsschluss/Leistungsumfang

### 1. Die Tätigkeit eines Qualitätskontrolleurs ist werkvertragliche Tätigkeit

1. Die Tätigkeit eines Qualitätskontrolleurs, der im Zusammenhang mit der Errichtung eines Bauwerks mit der Vornahme mehrerer „Audits“ und einer darauf beruhenden Zertifizierung beauftragt wird, ist als werkvertragliche Tätigkeit einzustufen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 11. Oktober 2001, VII ZR 475/00, BGHZ 149, 57, juris Rn. 20 ff.).
2. (...)

OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.09.2017, Az.: 10 U 77/17; BauR 2019, 854 = IBR 2019, 264

\*\*\*\*\*

### 2. Nicht über Honorar und Kündigung geeinigt: Architektenvertrag zu Stande gekommen?

1. Auch wenn sich Auftraggeber und Architekt noch nicht über alle offenen Punkte einer Zusammenarbeit geeinigt haben, kommt ein Architektenvertrag zu Stande, wenn die Parteien im beiderseitigen Einvernehmen mit der Durchführung des unvollständigen Vertrags begonnen haben.
2. "Widerruft" der Auftraggeber grundlos einen Architektenvertrag, kann der Architekt sein Honorar - auch das für die noch nicht erbrachten Leistungen - nach den Mindestsätzen der HOAI abrechnen. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart.

OLG Dresden, Urteil vom 20.11.2017, Az.: 10 U 1012/16; IBR 2019, 21

\*\*\*\*\*

### 3. Konkludent abgeschlossener Architektenvertrag

1. Übergibt ein Architekt von ihm erstellte Pläne dem Bauherrn, ohne dass ihm der Bauherr zuvor einen entsprechenden Auftrag erteilt hat, liegt darin üblicherweise ein konkludentes Angebot auf Abschluss eines Architektenvertrags.
2. Durch die Verwertung der Pläne gibt der Auftraggeber regelmäßig zu erkennen, dass diese seinem Willen entsprechen und er das Angebot des Architekten annimmt.
3. Trotz Verwertung der Planung besteht kein Anspruch auf Honorar, wenn aufgrund der Anzahl der Beteiligten, ihrer teilweise bestehenden Verflechtungen untereinander sowie der Vorgeschichte der Beplanung der Grundstücke ein Wille zum Vertragsschluss nicht zu belegen ist. Ansprüche aus Bereicherungsrecht bestehen dann ebenfalls nicht.

OLG Brandenburg, Urteil vom 06.12.2018, Az.: 12 U 24/17; BauR 2019, 1477 = NJW-RR 2019, 276 = NZBau 2019, 186 = IBR 2019, 142

\*\*\*\*\*

### III. Vergütungsrecht/Verjährung

#### 1. *Zusatzhonorar des Bauüberwachers bei Bauzeitverlängerung?*

1. Wird in einem Ingenieurvertrag geregelt, dass für die Mehraufwendungen des Ingenieurs eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren ist, wenn sich die Bauzeit verlängert, und kommt eine solche Vereinbarung zwischen den Parteien nicht zu Stande, kann der Ingenieur seinen Mehraufwand gerichtlich geltend machen.
2. Zu Mehraufwendungen gehören nicht solche Aufwendungen, die ohnehin für die vertragliche Leistung im vorgesehenen Zeitraum erforderlich gewesen wären.
3. Eine Abrechnung auf Stundenbasis ist mit der HOAI nicht vereinbar. Das Honorar des Ingenieurs bemisst sich nach den Baukosten, nicht nach dem tatsächlichen Stundenaufwand. Verlängert sich die Bauzeit, beeinflusst das grundsätzlich die Höhe des Honorars nicht.

OLG Celle, Urteil vom 11.02.2016, Az.: 5 U 29/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 11.10.2018, Az.: VII ZR 48/16); IBR 2019, 379

\*\*\*\*\*

#### 2. *Einzelne Grundleistungen nicht erbracht: Planer kann Honorar ungekürzt beanspruchen!*

1. Die Fertigung einer genehmigungsfähigen Statik (Leistungsphase 4) setzt zwingend voraus, dass zuvor Leistungen der Phasen 1 bis 3 erbracht wurden.
2. Hat der Architekt Leistungen aus allen Leistungsphasen erbracht, kann er das auf jede einzelne Leistungsphase gemäß HOAI entfallende Honorar auch dann ungekürzt beanspruchen, wenn es in der jeweiligen Leistungsphase zu einer teilweisen Nichterfüllung von Grundleistungen und/oder mangelbehafteten Leistungen gekommen ist.
3. Verlangt der Architekt Prozentsätze, die hinter den in der HOAI vorgesehenen zurückbleiben, liegt darin eine freiwillige Beschränkung seiner Ansprüche, zu der er sich nicht erklären muss.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08.12.2016, Az.: 8 U 17/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.11.2018, Az.: VII ZR 6/17); IBR 2019, 380

\*\*\*\*\*

#### 3. *Leistungen nicht vollständig erbracht: Honorar wird nicht automatisch gemindert!*

Die Minderung der Vergütung wegen teilweise nicht erbrachter Architektenleistungen ist nur zulässig, wenn der Auftraggeber erfolglos eine Frist zur Nachholung der nicht erbrachten Leistungen gesetzt hat oder eine derartige Fristsetzung entbehrlich ist.

OLG Köln, Urteil vom 11.10.2017, Az.: 16 U 48/16 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 10.10.2018, Az.: VII ZR 257/17); IBR 2019, 438

\*\*\*\*\*



#### 4. Schlussrechnung ohne Mängelrüge bezahlt: Architektenleistung abgenommen!

Fordert der Auftraggeber zur Stellung der Schlussrechnung auf und kommt der Auftragnehmer dem nach, kann in Auslegung der Begleitumstände darin eine Vereinbarung liegen, dass der Auftragnehmer keine wesentlichen Leistungen mehr zu erbringen hat. In der Aufforderung zur Stellung der Schlussrechnung bzw. in der vollständigen und rügelosen Zahlung der Schlussrechnung liegt eine Abnahme der Leistungen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 06.02.2018, Az.: 10 U 118/17 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 21.11.2018, Az.: VII ZR 267/17); IBR 2019, 506

\*\*\*\*\*

#### 5. Schätzung der für Architektenhonorar anrechenbaren Kosten bei früher Kündigung

1. Das Gericht kann die für das Architektenhonorar maßgebenden anrechenbaren Kosten ausnahmsweise frei schätzen, wenn der Architektenvertrag eine Woche nach Auftragserteilung und noch vor der Grundlagenermittlung gekündigt worden ist.

2. (...)

OLG München, Beschluss vom 22.05.2018, Az.: 13 U 3256/17; NJW-RR 2018, 1174 = NZBau 2018, 684 = IBR 2018, 630

\*\*\*\*\*

#### 6. EuGH vs. HOAI: Das Preisrecht schlägt zurück!

1. (...)

2. Überzahltes Architektenhonorar kann der Auftraggeber trotz Begleichung der geprüften Honorarschlussrechnung des Architekten zurückfordern, solange sein Rückzahlungsanspruch nicht verjährt oder verwirkt ist.

OLG Hamburg, Urteil vom 27.07.2018, Az.: 6 U 203/13 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 06.03.2019, Az.: VII ZR 169/18); IBR 2019, 437

\*\*\*\*\*

#### 7. Umbauszuschlag bei Freianlagen?

1. Auf Leistungen für Freianlagen fällt nach der HOAI 2009 kein Umbauszuschlag an.

2. Bei Umbauten von Verkehrsanlagen ist ein Zuschlag erstattungsfähig.

OLG Celle, Beschluss vom 23.01.2019, Az.: 14 U 13/18; BauR 2019, 993 = BauR 2020, 132 = IBR 2019, 202

\*\*\*\*\*

#### 8. Honorarvereinbarung und EU-rechtswidriges HOAI-Preisrecht: Keine Nachforderung auf Basis der Mindestsätze mehr!

1. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig (EuGH, Urt. v. 4. Juli 2019 - C-377/17). Wegen des Anwendungsvorbehaltes des Europarechts

sind die Gerichte verpflichtet, die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI nicht mehr anzuwenden.

2. Die Entscheidung des EuGH C-377/17 ist auch in laufenden Verfahren umzusetzen. Die für die nationalen Gerichte bindende Auslegung des EU-Rechts wirkt sich auf bestehende Vertragsverhältnisse aus, wenn dort in Abweichung des vereinbarten Honorars unter Bezug auf den HOAI-Preisrahmen ein Honorar in diesem Rahmen durchgesetzt werden soll.
3. Honorarvereinbarungen sind nicht deshalb unwirksam, weil sie die Mindestsätze der HOAI unterschreiten oder deren Höchstsätze überschreiten. Infolge der EuGH-Entscheidung vom 4. Juli 2019 ist es von Rechts wegen nicht mehr zulässig, getroffene Honorarvereinbarungen an den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI zu messen. Honorarvereinbarungen, die das Preisrecht der HOAI ignorieren, sind daher unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr unzulässig.
4. Nach Vereinbarung eines die (unionsrechtswidrigen) HOAI-Mindestsätze unterschreitenden Pauschalhonorars ist eine Nachforderung zur Schlussrechnung auf der Basis der Mindestsätze nicht zulässig.
5. Die Nachforderung kann im Einzelfall auch treuwidrig sein.

OLG Celle, Urteil vom 17.07.2019, Az.: 14 U 188/18; BauR 2019, 1636 = NJW 2019, 3593

\*\*\*\*\*

#### 9. Die Mindestsatzfiktion der HOAI ist gegenstandslos

1. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig (EuGH, Urteil vom 4. Juli 2019 - C-377/17). Wegen des Anwendungsvorbehaltes des Europarechts sind die Gerichte verpflichtet, die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI nicht mehr anzuwenden.
2. Die sog. Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 5 HOAI ist gegenstandslos.
3. Die Entscheidung des EuGH C-377/17 ist auch in laufenden Verfahren umzusetzen. Die für die nationalen Gerichte bindende Auslegung des EU-Rechts wirkt sich auf bestehende Vertragsverhältnisse aus, wenn dort in Abweichung des vereinbarten Honorars unter Bezug auf den HOAI-Preisrahmen ein Honorar in diesem Rahmen durchgesetzt werden soll.
4. Honorarvereinbarungen sind nicht deshalb unwirksam, weil sie die Mindestsätze der HOAI unterschreiten oder deren Höchstsätze überschreiten. Infolge der EuGH-Entscheidung vom 4. Juli 2019 ist es von Rechts wegen nicht mehr zulässig, getroffene Honorarvereinbarungen an den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI zu messen. Honorarvereinbarungen, die das Preisrecht der HOAI ignorieren, sind daher unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr unzulässig.
5. Bei Erbringung von Teilleistungen ist das Honorar nach dem Verhältnis der erbrachten Teilleistungen zum wirksam vereinbarten Pauschalhonorar zu bemessen. Auf die anrechenbaren Kosten kommt es dabei ebenso wenig an wie auf einen Tafelwert nach den Honorartabellen der HOAI, wenn die Parteien das Honorar davon unabhängig vereinbart haben.

OLG Celle, Urteil vom 23.07.2019, Az.: 14 U 182/18; BauR 2019, 1633 = NJW 2019, 3596 = IBR 2019, 502

\*\*\*\*\*

*10. HOAI-Mindestsätze sind trotz des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 bindend*

1. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Vertragsverletzungsverfahren bindet nur den Mitgliedsstaat, der nach eigenem Ermessen die geeigneten Maßnahmen ergreifen muss, um den europarechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Für den einzelnen Unionsbürger geht von dem Urteil keine Rechtswirkung aus.
2. Die Feststellung der Europarechtswidrigkeit der Mindestsätze der HOAI im Vertragsverletzungsverfahren ändert nichts daran, dass zum Zeitpunkt des Verstoßes die HOAI zu beachten war, denn es gibt insofern keine Rückwirkung (entgegen OLG Celle, Urt. v. 17.07.2019 – 14 U 188/18 und v. 23.07.2019 – 14 U 182/1818.)

OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019, Az.: 21 U 24/18; BauR 2019, 1810 = IBR 2019, 437

\*\*\*\*\*

*11. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig und nicht mehr anwendbar*

1. Mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 4. Juli 2019 - C-377/17 - ist die Verbindlichkeit des HOAI-Preisrechts entfallen. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind europarechtswidrig.
2. Die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie) dient im Unterschied zu den privatrechtsgestaltenden Richtlinien nicht der Harmonisierung von bestimmten Rechtsgebieten des Privatrechts der einzelnen Mitgliedsstaaten, sondern zur Beseitigung von europarechtswidrigen Beschränkungen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit. Die Dienstleistungsrichtlinie unterscheidet sich von den herkömmlichen Richtlinien, die der Harmonisierung dienen, dadurch, dass sie wie das Primärrecht zugleich bestehende Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern und für die Dienstleistungsfreiheit beseitigen soll.
3. Eine Anpassung des interstaatlichen Rechts ist daher nicht erforderlich. Die Feststellung des EuGH im Urteil vom 4. Juli 2019 verpflichtet die Mitgliedstaaten, den unionskonformen Zustand unverzüglich herzustellen. Eine Frist sieht der EU-Vertrag nicht vor. Mit dem Erlass des Urteils sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, das unionsrechtswidrige nationale Recht nicht mehr anzuwenden.
4. Die nationalen Gerichte sind daher verpflichtet, die Beachtung des Urteils sicherzustellen. Es ist nicht erforderlich, dass unionsrechtswidrige Gesetze oder Verordnungen aufgehoben werden. Es gilt der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts (entgegen OLG Hamm, Urteil vom 23. Juli 2019 - 21 U 24/18).
5. Die für die nationalen Gerichte bindende Auslegung des EU-Rechts wirkt sich auf bestehende Vertragsverhältnisse aus, wenn dort in Abweichung des vereinbarten Honorars unter Bezug auf den HOAI-Preisrahmen ein Honorar in diesem Rahmen durchgesetzt werden soll.
6. Honorarvereinbarungen sind nicht deshalb unwirksam, weil sie die Mindestsätze der HOAI unterschreiten oder deren Höchstsätze überschreiten. Infolge der EuGH-Entscheidung vom 4. Juli 2019 ist es von Rechts wegen nicht mehr zulässig, getroffene Honorarvereinbarungen an den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI zu messen.

Honorarvereinbarungen, die das Preisrecht der HOAI ignorieren, sind daher unter diesem Gesichtspunkt nicht mehr unzulässig.

OLG Celle, Urteil vom 14.08.2019, Az.: 14 U 198/18; BauR 2019, 1958 = IBR 2019, 563

\*\*\*\*\*

### *12. Auch nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs keine Unanwendbarkeit des Mindestpreisgebots*

Auch nach dem Urteil des EuGH vom 4. Juli 2019 (C-377/17) ist in einem Zivilrechtsstreit zwischen einem Architekten und seinem Auftraggeber das Mindestpreisgebot nach Art. 10 §§ 1, 2 MRVG, § 7 Abs. 3 und 5 HOAI weiter anzuwenden.

Kammergericht, Beschluss vom 19.08.2019, Az.: 21 U 20/19; BauR 2019, 1947 = IBR 2019, 564

\*\*\*\*\*

### *13. HOAI ist nicht weiter anwendbar - auch nicht zwischen Privaten!*

1. Durch Urteil vom 04.07.2019 (IBR 2019, 436) hat der EuGH festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Beibehaltung verbindlicher Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren gegen Europarecht verstoßen hat.
2. Aus der Feststellung des Vertragsverstoßes folgt für den verurteilten Mitgliedstaat die Pflicht, den Verstoß zu beenden. Diese Pflicht trifft sämtliche Stellen des verurteilten Staats, somit auch die Gerichte. Hieraus folgt, dass das Preisrahmenrecht der HOAI nicht mehr angewendet werden darf.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.09.2019, Az.: 23 U 155/18; BauR 2019, 1963 = IBR 2019, 622

\*\*\*\*\*

### *14. Umfassende weitere Anwendbarkeit der HOAI unter Vertragspartnern*

1. Im Verhältnis der Parteien eines Architekten- oder Ingenieurvertrags bleibt die HOAI einschließlich ihrer Regeln zu Mindest- und Höchstsätzen auch nach dem Urteil des EuGH vom 4.7.2019 anwendbar.
2. (...)

OLG München, Hinweisbeschluss vom 08.10.2019, Az.: 20 U 94/19; NJW 2019, 3652 = IBR 2019, 680

\*\*\*\*\*

## **IV. Haftungsrecht**

### *1. Keine Kostenobergrenze vereinbart: Keine Haftung für höhere Baukosten!*

1. Der durch eine pflichtwidrige Beitragsleistung verursachte Schaden (mangelhafte Architektenleistung) begründet keinen erst bei Auflösung der Gesellschaft auszugleichenden Verlust, sondern ist unabhängig von einer Gewinn- und Verlustrechnung zu ersetzen.

2. Der Gläubiger, dem der Schuldner eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung erfüllungshalber abgetreten hat, ist im Regelfall nicht gehalten, diese Forderung mit unsicheren Erfolgsaussichten einzuklagen.
3. (...)

BGH, Beschluss vom 16.10.2018, Az.: II ZR 70/16; NZBau 2019, 253 = NJW-RR 2019, 524

\*\*\*\*\*

2. *Schadensberechnung bei Planungs- und Überwachungsfehlern (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Februar 2018, VII ZR 46/17, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, BGHZ 218, 1)*

1. Lässt ein Besteller Bauwerksmängel nicht beseitigen, scheidet im Verhältnis zum Architekten hinsichtlich der von diesem zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, ein Zahlungsanspruch in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten betreffend das Bauwerk aus.
2. Lässt der Besteller den Mangel des Bauwerks nicht beseitigen, kann er seinen Schaden gegenüber dem Architekten im Wege einer Vermögensbilanz nach dem Minderwert des Bauwerks im Vergleich zu dem hypothetischen Wert des Bauwerks bei mangelfreier Architektenleistung bemessen.
3. Hat der durch die mangelhafte Architektenleistung verursachte Mangel des Bauwerks zur Folge, dass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses des Bauvertrags vorliegt, kann der Besteller stattdessen seinen Schaden auch in der Weise bemessen, dass er ausgehend von der mit dem Bauunternehmer vereinbarten Vergütung den mangelbedingten Minderwert des Werks des Bauunternehmers ermittelt.
4. Darüber hinaus hat der Besteller wegen Planungs- oder Überwachungsfehlern, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, einen Schadenersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 280 BGB auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags gegen den Architekten, wenn er den Mangel des Bauwerks beseitigen lassen will.

BGH, Urteil vom 08.11.2018, Az.: VII ZR 100/16; BauR 2019, 536 = NJW-RR 2019, 211 = NZBau 2019, 100 = ZfBR 2019, 144 = IBR 2019, 79

\*\*\*\*\*

3. *Einbau einer Photovoltaikanlage anlässlich der Kernsanierung eines Gebäudes ist Arbeit beim Bauwerk*

1. (...)
4. Der Lauf der Verjährungsfrist für die gegen einen Architekten oder Ingenieur gerichteten Mängelansprüche beginnt grundsätzlich erst mit Abnahme seiner Werkleistung oder mit deren abnahmereifer Herstellung. Wenn er die Objektüberwachung schuldet, kommt eine konkludente Abnahme seiner Leistung erst nach Beseitigung der Protokollmängel am Bauwerk in Betracht.

BGH, Urteil vom 10.01.2019, Az.: VII ZR 184/17; BauR 2019, 851 = NJW 2019, 1593 = NZBau 2019, 442 = ZfBR 2019, 355 = IBR 2019, 203

\*\*\*\*\*

#### 4. *Vorschussurteil über Schadensersatzklage wegen Planungsfehlers*

1. Zum Streitgegenstand bei einer Klage gegen einen Ingenieur auf Schadensersatz wegen eines Planungsmangels, der zu einem Bauwerksmangel geführt haben soll.
2. (...)

BGH, Urteil vom 21.02.2019, Az.: VII ZR 105/18; BauR 2019, 1006 = NJW 2019, 1527 = ZfBR 2019, 454

\*\*\*\*\*

#### 5. *Keine Kostenobergrenze vereinbart: Keine Haftung für höhere Baukosten!*

1. Die Planung des Architekten entspricht nicht der vereinbarten Beschaffenheit und ist mangelhaft, wenn sie ein Bauwerk vorsieht, dessen Errichtung höhere Herstellungskosten erfordert, als sie von den Parteien vereinbart sind.
2. Voraussetzung für eine Beschaffenheitsvereinbarung ist eine Einigung über eine bestimmte Kostenobergrenze. Die bloße Angabe einer Kostengrenze oder die Darstellung eines Rahmens der wirtschaftlichen Verhältnisse des Bauherrn führt nicht zur Vereinbarung einer Beschaffenheit.

OLG München, Urteil vom 27.09.2016, Az.: 9 U 1161/15 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.06.2018, Az.: VII ZR 248/16); IBR 2019, 24

\*\*\*\*\*

#### 6. *Der Teufel steckt im Detail: Architekt muss gesamten Bebauungsplan beachten!*

1. Der Erfolg der Genehmigungsplanung besteht in einer dauerhaft genehmigungsfähigen Planung. Dazu gehören die gesetzlichen und behördlichen Bestimmungen.
2. Ist dem Bebauungsplan zu entnehmen, dass mit stauendem oder anstehendem Wasser zu rechnen ist, muss der Keller so geplant werden, dass kein Wasser eindringt. Die fehlende Abdichtung gegen drückendes Wasser stellt einen Planungsmangel dar.
3. Die Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung, die von Dritten angefochten oder von der Baugenehmigungsbehörde zurückgenommen oder widerrufen werden kann, entlastet den Architekten nicht.

OLG München, Beschluss vom 06.02.2018, Az.: 13 U 4263/16 Bau; IBR 2019, 205

\*\*\*\*\*

#### 7. *Architektenhaftung für Überschreitung grob geschätzter Baukosten*

1. Fehler in der Grobkostenschätzung des Architekten können generell zwar Schadensersatzansprüche auslösen, dies gilt jedoch dann nicht, wenn zum einen der genaue Ausbaustandard zwischen den Parteien nicht klar vereinbart worden ist und/oder der zulässige Toleranzrahmen eingehalten wurde.
2. Wenn der Architektenvertrag für die Renovierung eines Altbaus keine Bestimmungen zum Ausbaustandard enthält und der Kläger nicht beweisen kann, welcher Ausbaustandard zwischen den Parteien tatsächlich vereinbart war, kann bei der

Bewertung durch das Gericht als Mindeststandard "Herstellung für ordnungsgemäßes Wohnen" zugrunde gelegt werden.

3. Dem Architekten steht bei der Kostenschätzung grundsätzlich ein Toleranzrahmen zur Verfügung. Dieser kann zwar nicht generell festgelegt werden, bei der vorgezogenen Grobkostenschätzung liegt er im Bereich von 30 bis 40%.
4. Die Grobkostenschätzung des Architekten in einem frühen Stadium stellt bei einem Altbau - trotz eines vom Bauherrn genannten Finanzierungsrahmens - keine Festpreisgarantie dar. Das Risiko, dass die tatsächlichen Kosten auch höher liegen, ist einer Kostenschätzung immanent und kann grundsätzlich nicht vom Bauherrn auf den Architekten abgewälzt werden. Anderes gilt nur bei einer Bausummengarantie.
5. Ein Verstoß des Bauherrn gegen § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchwarzArbG hat zur Folge, dass die jeweiligen Dienstverträge mit den Bauhelfern nichtig sind und weder vertragliche Erfüllungs- noch Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüche gegen sie bestehen. Wenn der baubegleitende Architekt von der illegalen Beschäftigung der Bauhelfer durch den Bauherrn keine Kenntnis hatte, könnte es treuwidrig sein, wenn der Bauherr nunmehr Gewährleistungs-/Schadenersatzansprüche gegen den insoweit gutgläubigen Architekten geltend macht. Dies wäre mit dem generalpräventiven Zweck des Schwarzarbeitsverbots nicht vereinbar.

OLG Schleswig, Urteil vom 22.03.2018, Az.: 7 U 48/16; BauR 2018, 1898 = NJW 2018, 3036 = NZBau 2019, 182 = IBR 2018, 335 = IBR 2018, 337

\*\*\*\*\*

## 8. Unzulässigkeit eines Grundurteils im Prozess um die Kostenhaftung des Architekten

1. (...)
5. Die Vereinbarung eines Kostenrahmens als Beschaffenheit des Architektenwerks setzt mindestens voraus, dass der Bauherr die Einhaltung eines bestimmten Maximalbetrages als Sollvorgabe zum Ausdruck bringt.
6. Den Architekten, der Kostenermittlungen zu besonderen Zwecken wie der Finanzierung gegenüber dem Bauherrn bekannt gemacht hat, trifft eine gesteigerte Aufklärungspflicht, falls sich diese Kostenangaben als zu niedrig erweisen.
7. Dem wegen höherer Baukosten auf Schadenersatz in Anspruch genommenen Architekten obliegt eine sekundäre Darlegung zu aus technischer Sicht möglichen Kosteneinsparungen.

OLG Oldenburg, Urteil vom 07.08.2018, Az.: 2 U 30/18; BauR 2019, 1184 = NJW 2019, 1377 = NZBau 2019, 108 = IBR 2018, 634 = IBR 2019, 25

\*\*\*\*\*

## 9. Schwarzgeldabrede, Verjährungshemmung durch bezifferte Schadenersatzklage

1. Dem Besteller steht gegenüber einem Architekten, dessen Überwachungsfehler sich in dem Bauwerk bereits niedergeschlagen hat, kein Vorschussanspruch gem. §§ 634 Nr. 2, 637 BGB zu. Er kann jedoch die Vorfinanzierung der Mängelbeseitigungskosten in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abrechenbaren Betrags von dem Architekten verlangen. Rechtlich handelt es sich dabei weiterhin um einen Schadenersatzanspruch im Sinne des § 634 Nr. 4 BGB. Stellt der Besteller seine Klage von Erstattung der fiktiven Mängelbeseitigungskosten auf

Zahlung einer solchen Vorfinanzierung um, handelt es sich nicht um eine Klageänderung.

2. Die verjährungshemmende Wirkung einer Klage des Bestellers auf Vorfinanzierung der Mängelbeseitigungskosten in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abrechenbaren Betrags beschränkt sich nicht auf den eingeklagten Betrag, sondern erstreckt sich auch auf spätere Erhöhungen, ungeachtet dessen, worauf sie zurückzuführen sind, sofern sie nur denselben Mangel betreffen.
3. (...)
4. Der Besteller verhält sich im Rahmen eines Architektenvertragsverhältnisses, auf das das BGB in der bis zum 31.12.2017 geltenden Fassung anwendbar ist, nicht treuwidrig, wenn er wegen eines Bauausführungsmangels, für den auch der Architekt wegen fehlerhafter Überwachungsleistungen einzustehen hat, unmittelbar den - gesamtschuldnerisch mit dem bauausführenden Unternehmer haftenden - Architekten in Anspruch nimmt. Dem Besteller steht es grundsätzlich frei, ob er wegen eines Mangels am Bauwerk den Unternehmer oder den Architekten, der seine Aufsichtspflicht verletzt hat, in Anspruch nimmt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 23.01.2019, Az.: 4 U 59/15; NJW 2019, 2784 = NZBau 2019, 445 = IBR 2019, 206

\*\*\*\*\*

#### *10. Architekt muss Mängelbeseitigung gegen Bezahlung verhindern!*

1. Das Innenverhältnis zwischen mehreren Gesamtschuldern ist ein gesetzliches Schuldverhältnis, aus dessen Verletzung sich Ansprüche gem. § 280 BGB wegen Pflichtverletzung ergeben können.
2. Kommt ein Bauunternehmer seiner Verpflichtung gegenüber dem Bauherrn zur unentgeltlichen Nachbesserung nicht nach, sondern führt er die Nacherfüllung nur gegen Vergütung aus, stellt dies auch im Gesamtschuldner-Innenverhältnis des Bauunternehmers und des bauüberwachenden Architekten eine Pflichtverletzung dar.
3. Der Anspruch des anderen Gesamtschuldners, hier des Architekten, ist zunächst darauf gerichtet, dass der Bauunternehmer der Verpflichtung zur unentgeltlichen Mängelbeseitigung nachkommt. Er wandelt sich in einen Zahlungsanspruch um, wenn der Bauunternehmer die Nachbesserungsleistungen dem Bauherrn in Rechnung stellt und dieser Zahlungen erbringt.
4. Die Verjährung des sich aus dieser Pflichtverletzung ergebenden Anspruchs aus § 280 Abs. 1 BGB richtet sich nach §§ 195, 199 BGB. Der Anspruch unterliegt unabhängig von seiner Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch einer einheitlichen Verjährung.
5. Nicht erforderlich für den Verjährungsbeginn ist, dass der Gläubiger den Vorgang rechtlich zutreffend beurteilt.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.01.2019, Az.: 10 U 223/18; BauR 2019, 1800 = NZBau 2019, 729 = ZfBR 2019, 469 = IBR 2019, 332

\*\*\*\*\*



### 11. Verjährung von Mängelansprüchen nach konkludenter Abnahme der Architektenleistung

Ist der Architekt mit der Planung bis zur Leistungsphase 4 HOAI (Genehmigungsplanung) beauftragt, so liegt in der Einreichung der Planungsunterlagen durch den Auftraggeber im Rahmen des Baugenehmigungsantrages die Abnahme der Architektenleistung. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber die Schlussrechnung des Architekten vorbehaltlos begleicht. Darauf, dass das Bauamt auf der Grundlage der dauerhaft genehmigungsfähigen Planungsunterlagen auch tatsächlich eine Baugenehmigung erteilt, hat der Architekt keinen Einfluss. Ohne abweichende Vereinbarung fällt dieses Risiko in die Sphäre des Auftraggebers, der gegebenenfalls seinen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung öffentlich-rechtlich durchsetzen muss.

OLG Köln, Beschluss vom 21.02.2019, Az.: 16 U 140/18; BauR 2019, 1199 = NJW 2019, 1886 = NZBau 2019, 453 = IBR 2019, 507

\*\*\*\*\*

### 12. Architekt haftet vor Vermessungsingenieur!

1. Die Erstellung eines amtlichen Lageplans durch einen öffentlich bestellten Vermessungsingenieur zur Vorlage bei der Baugenehmigungsbehörde ist eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit.
2. Der Vermessungsingenieur haftet wegen Mängeln bei der Erstellung des Lageplans gegenüber dem Bauherrn nicht, wenn diesem eine anderweitige Ersatzmöglichkeit zur Verfügung steht.
3. Gegenüber dem Architekten, der der von ihm erstellten Genehmigungsplanung eine fehlerhaft berechnete Grundflächenzahl zu Grunde gelegt hat, so dass die Planung nicht dauerhaft genehmigungsfähig ist, steht dem Bauherrn ein Anspruch auf Schadensersatz zu.

OLG Brandenburg, Urteil vom 07.03.2019, Az.: 12 U 157/17; BauR 2019, 1332 = IBR 2019, 333

\*\*\*\*\*

### 13. Zur Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen

Eine Hemmung der Verjährung von Mängelansprüchen des Bestellers gegen den planenden und bauleitenden Ingenieur durch Verhandlungen i.S.d. § 203 BGB tritt, auch wenn der Ingenieur an den Verhandlungen beteiligt ist, nicht ein, wenn Gegenstand dieser Verhandlungen ausschließlich die Mängelbeseitigung durch den Bauunternehmer ist.

OLG Bamberg, Beschluss vom 12.03.2019, Az.: 1 U 152/18; BauR 2019, 992

\*\*\*\*\*

## F. Bauträgerrecht

### I. Vertrag, Vergütung

#### 1. Korrektur unzutreffender Rechtsanwendung beim Bauträger

1. Hat ein Bauträger aufgrund der rechtsirrigen Annahme seiner Steuerschuld als Leistungsempfänger von ihm bezogene Bauleistungen nach § 13b UStG versteuert, kann er das Entfallen dieser rechtswidrigen Besteuerung geltend machen, ohne dass es darauf ankommt, dass er einen gegen ihn gerichteten Nachforderungsanspruch des leistenden Unternehmers erfüllt oder die Möglichkeit für eine Aufrechnung durch das FA besteht (Anschluss an das BFH-Urteil vom 27. September 2018 V R 49/17, BStBl II 2019, 109; entgegen BMF-Schreiben vom 26. Juli 2017, BStBl I 2017, 1001, Rz 15a).
2. Sind Bauunternehmer und Leistungsempfänger bei einem vor Erlass des BFH-Urteils vom 22. August 2013 V R 37/10 (BFHE 243, 20, BStBl II 2014, 128) abgeschlossenen und durchgeführten Bauvertrag übereinstimmend von der Steuerschuldnerschaft des Bauträgers ausgegangen und hat der Bauträger die auf die erbrachten Leistungen des Bauunternehmers entfallende Umsatzsteuer an das FA abgeführt, steht dem Bauunternehmer aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung ein Anspruch auf Zahlung des Umsatzsteuerbetrags zu, wenn der Bauträger Erstattung der Steuer verlangt und deshalb für den Bauunternehmer die Gefahr entsteht, wegen der Heranziehung als Steuerschuldner gemäß § 27 Abs. 19 UStG die Umsatzsteuer abführen zu müssen (Anschluss an das BGH-Urteil vom 17. Mai 2018 VII ZR 157/17, HFR 2018, 661).

BFH, Urteil vom 23.01.2019, Az.: XI R 21/17; NZBau 2019, 297 = IBR 2019, 318

\*\*\*\*\*

#### 2. Anspruch des Bauunternehmers gegen den Bauträger auf Umsatzsteuernachzahlung

1. Sind ein Bauunternehmer und ein Bauträger bei einem zwischen ihnen vor Erlass des Urteils des Bundesfinanzhofs vom 22. August 2013 (V R 37/10, BFHE 243, 20) abgeschlossenen und durchgeführten Bauvertrag übereinstimmend von der Steuerschuldnerschaft des Bauträgers gemäß § 13b Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 UStG 2011 ausgegangen, steht dem Bauunternehmer aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung ein Anspruch auf Zahlung des Restwerklohns in Höhe des Umsatzsteuerbetrags zu, wenn der Bauträger die Umsatzsteuer nicht an die Finanzverwaltung abgeführt hat und deshalb für den Bauunternehmer die Gefahr entsteht, wegen der Heranziehung als Steuerschuldner die Umsatzsteuer entrichten zu müssen (Fortführung von BGH, Urteil vom 17. Mai 2018, VII ZR 157/17, BauR 2018, 1403 = NZBau 2018, 524).
2. Die Verjährung dieses Anspruchs beginnt in einem solchen Fall gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Bauunternehmer davon Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Die für das Entstehen des Anspruchs maßgebliche Gefahr, wegen der Heranziehung als Steuerschuldner die Umsatzsteuer abführen zu müssen, ist jedenfalls nicht vor dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 22. August 2013 (V R 37/10, BFHE 243, 20) entstanden.

BGH, Urteil vom 10.01.2019, Az.: VII ZR 6/18; NJW 2019, 1145 = NZBau 2019, 242 = ZfBR 2019, 353 = IBR 2019, 179

\*\*\*\*\*

### 3. *Auflassung erst nach Abnahme: Klausel unwirksam!*

1. Die Klausel in einem Bauträgervertrag, wonach der Bauträger die Auflassung erst erklären muss, wenn der Erwerber das Sonder- und Gemeinschaftseigentum abgenommen hat, benachteiligt den Erwerber unangemessen und ist unwirksam.
2. Auch wenn der Erwerber den Kaufpreis noch nicht vollständig bezahlt hat, kann der Bauträger die Auflassung nicht verweigern, wenn die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils (hier 1,2% des vereinbarten Kaufpreises), gegen Treu und Glauben verstößt.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.10.2016, Az.: 19 U 109/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.09.2018, Az.: VII ZR 293/16); IBR 2019, 73

\*\*\*\*\*

### 4. *Unwiderrufliche Vollmacht zur Abnahme benachteiligt die Erwerber unangemessen!*

1. Eine Abnahmeklausel im Bauträgervertrag, wonach "die Abnahme des sonstigen Gemeinschaftseigentums und der Garage nach vollständiger Fertigstellung durch den Verwalter und mindestens zwei von der Eigentümerversammlung gewählte Käufer erfolgt und diese Personen vom Käufer unwiderruflich zur Abnahme und Vornahme aller hierzu erforderlichen oder zweckdienlichen Maßnahmen und Erklärungen bevollmächtigt werden", benachteiligt den Erwerber unangemessen und ist unwirksam.
2. Der Bauträger kann sich auf das Fehlen der Abnahme nicht berufen, wenn er diese durch die Verwendung einer unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingung selbst verhindert und den Anschein einer Abnahme erweckt hat.

OLG Nürnberg, Urteil vom 26.04.2018, Az.: 13 U 1908/16; IBR 2019, 319

\*\*\*\*\*

### 5. *Bauträgervertrag: Wirksamkeit trotz nachträglicher formunwirksamer Vereinbarungen*

1. Nachträgliche formunwirksame Vereinbarungen zu einem formwirksamen Bauträgervertrag lassen diesen im Einzelfall nicht insgesamt unwirksam werden.
2. Der Rücktritt eines Bauträgers ist bei einem Zahlungsverzug des Erwerbers in der Regel ausgeschlossen, weil gemäß § 323 Abs. 5 S. 1 BGB nicht anzunehmen ist, dass der Bauträger sein Interesse an der Abwicklung des Vertrages aus diesem Grund verloren hat. (...)

OLG München, Urteil vom 14.08.2018, Az. 9 U 3345/17 Bau (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 20.02.2019, Az.: VII ZR 184/18); BauR 2019, 1326 = IBR 2019, 558

\*\*\*\*\*

### 6. *Restmängel stehen Zahlung der Schlussrate entgegen!*

1. Die Schlussrate darf im Rahmen eines Bauträgervertrags vom Bauträger erst nach vollständiger Fertigstellung entgegengenommen werden. Eine vollständige Fertigstellung liegt vor, wenn alle im Abnahmeprotokoll festgehaltenen Baumängel beseitigt sind.

2. Wird die Besitzübergabe von der Zahlung der Schlussrate abhängig gemacht, kann ein darauf zahlender Erwerber diese Zahlung auch dann zurückfordern, wenn er gewusst hat, dass er nicht zur Zahlung verpflichtet war.

Kammergericht, Urteil vom 26.02.2019, Az.: 27 U 9/18; IBR 2019, 615

\*\*\*\*\*

*7. Rücktritt des Bauträgers vom Vertrag bei Teilleistung der fälligen Bezugsrate durch den Erwerber/Zahlung der Schlussrate auf Notaranderkonto*

1. Die Bestimmung eines Bauträgervertrages, wonach die Schlussrate bereits bei Fälligkeit der Bezugsfertigungsrate auf ein Anderkonto der beurkundenden Notarin zu zahlen ist, weicht nicht zu Lasten des Erwerbers von § 3 Abs. 2 MaBV ab und ist also wirksam.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 07.05.2019, Az.: 21 U 139/18; ZfIR 2019, 624 = IBR 2019, 499

\*\*\*\*\*

*8. Exposé kann Leistungssoll bestimmen*

1. Das Leistungssoll für die Bauverpflichtung eines Bauträgers kann auch durch vertragsbegleitende Umstände bestimmt werden, etwa durch Texte und Visualisierungen in einem Prospekt, mit dem die Wohneinheit auf Veranlassung des Bauträgers beworben wird.
2. Auch wenn die Leistung eines Werkunternehmers an einem wesentlichen Mangel leidet, ist sein Vergütungsanspruch ohne Abnahme fällig, wenn die Beseitigung des Mangels unverhältnismäßig wäre. Deshalb ist auch die von einem Bauträger mit einem wesentlichen Mangel errichtete Wohneinheit bezugsfertig, wenn die Beseitigung des Mangels unverhältnismäßig ist.
3. Ob der Rücktritt eines Bauträgers vom Bauträgervertrag wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung unwirksam ist, richtet sich nach einer Gesamtabwägung. Selbst ein Zahlungsrückstand des Erwerbers in Höhe von mehr als 10 % des Kaufpreises kann in diesem Sinne unerheblich sein, wenn die Leistung des Bauträgers an einem wesentlichen Mangel leidet und sein Vergütungsanspruch - etwa die Bezugsfertigungsrate - nur deshalb fällig ist, weil die Mangelbeseitigung unverhältnismäßig wäre.

Kammergericht, Urteil vom 11.06.2019, Az.: 21 U 116/18, BauR 2019, 1660 = IBR 2019, 496 = IBR 2019, 616

\*\*\*\*\*

*9. Einstweilige Verfügung auf Herausgabe einer bezugsfertigen Wohnung gegen Bauträger bei Vermietung*

1. (...)
2. Es besteht ein Grund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen einen Bauträger, die bezugsfertig hergestellte Wohneinheit dem Erwerber zu übergeben, wenn auch unter den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes zuverlässig erkennbar ist, dass nach dem materiellen Recht ein

dahingehender Anspruch des Erwerbers einredefrei besteht und der Bauträger die Erfüllung unberechtigt verweigert hat (Senat, Urteile vom 4. Oktober 2017, 21 U 79/17 und vom 5. Dezember 2017, 21 U 109/17).

3. Dies gilt auch dann, wenn der Erwerber die Wohneinheit nicht selbst bewohnen, sondern vermieten will. Denn der Verfügungsgrund resultiert nicht aus der beabsichtigten Eigennutzung des Erwerbers, sondern aus der finanziellen Belastung, die ein Bauträgervertrag und eine eventuelle Ersatzbeschaffung für den Erwerber mit sich bringen.
4. Die Bestimmung in den von einem Bauträger gestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrages, wonach die Schlussrate bereits vor vollständiger Fertigstellung des Vertragsgegenstands auf das Anderkonto eines Notars zu zahlen ist, verstößt gegen § 309 Nr. 2 a) BGB und ist unwirksam.

Kammergericht, Urteil vom 20.08.2019, Az.: 21 W 17/19; NJW-RR 2019, 1231 = NZBau 2019, 723 = IBR 2019, 614 = IBR 2019, 675

\*\*\*\*\*

## II. Haftung des Bauträgers

### 1. Mängelbeseitigungsaufwand über 5%: Erwerber kann zurücktreten!

1. Wo die Baubeschreibung zu vage ist, schuldet der Bauträger eine fachgerechte Ausführung der Arbeiten, denn er verspricht als Werkunternehmer bei Vertragsschluss stillschweigend die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik. Etwas anderes gilt, wenn die Parteien (wirksam) einen hiervon abweichenden, niedrigeren Standard vereinbart haben.
2. Die Feststellung, ob ein Mangel unerheblich ist, so dass der Erwerber nicht vom Vertrag zurücktreten kann, erfordert eine umfassende Interessenabwägung, die die Bedeutung des Mangels und seinen Beseitigungsaufwand berücksichtigt. Allein mit an Mängelbeseitigungskosten orientierten festen Prozentsätzen kann nicht gearbeitet werden.
3. Sind die Mängel behebbar, kommt es für deren Erheblichkeit auf die Kosten der Mängelbeseitigung und nicht auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung an. Soweit für die Abgrenzung Prozentsätze (Reparaturkosten im Verhältnis zum Kaufpreis) herangezogen werden, liegt die Erheblichkeitsschwelle bei 5% des Mängelbeseitigungsaufwands.

OLG Dresden, Urteil vom 12.05.2016, Az.: 8 U 438/15, IBR 2019, 375

\*\*\*\*\*

### 2. Mängelbeseitigungskosten von 6,83% des Kaufpreises: Erwerber kann zurücktreten!

1. Ob Mängel so erheblich sind, dass der Besteller vom Bauträgervertrag zurücktreten kann, ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung festzustellen. Maßgeblich sind die Bedeutung der Mängel und der Beseitigungsaufwand.
2. Beträgt der Mängelbeseitigungsaufwand mehr als 5% des Kaufpreises, sind die Mängel in der Regel erheblich.

OLG Dresden, Urteil vom 12.05.2016, Az.: 8 U 451/15: IBR 2019, 676

\*\*\*\*\*

### 3. *Muss der Bauträger dem Erwerber Elektroinstallationspläne übergeben?*

Da bei der Errichtung eines Einfamilienhauses in der Regel keine Elektroinstallationspläne erstellt werden, hat der Erwerber ohne entsprechende Vereinbarung auch keinen Anspruch auf die Übergabe solcher Pläne.

OLG Zweibrücken, Urteil vom 21.09.2016, Az.: 7 U 51/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 26.09.2018, Az.: VII ZR 267/16); IBR 2019, 194

\*\*\*\*\*

### 4. *Sanierung eines Altbaus: Bauträger muss Keller abdichten!*

1. Übernimmt der Bauträger vertraglich Bauleistungen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung mit Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in diesem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregeln des Werkvertragsrechts.
2. Gehört zu der zu sanierenden Eigentumswohnung ein Kellerraum, schuldet der Bauträger die Sanierungsmaßnahmen, die erforderlich sind, um in einem solchen Kellerraum üblicherweise gelagerte Gegenstände vor von außen eindringender Feuchtigkeit zu schützen. Das gilt auch dann, wenn die Baubeschreibung keine Angaben zu Abdichtungsarbeiten enthält.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.10.2016, Az.: 21 U 120/15 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 31.07.2018, Az.: VII ZR 274/16); IBR 2019, 258

\*\*\*\*\*

### 5. *Befugnis des Wohnungseigentümers zur Ausübung der Minderung - Tiefgaragenplatz*

1. (...)
2. Der Erwerber eines Sondernutzungsrechts für einen Tiefgaragenstellplatz kann wegen dessen eingeschränkter Nutzbarkeit eigenständig und ohne Beteiligung der Wohnungseigentümergeinschaft seinen Minderungsanspruch verfolgen.
3. Ein Tiefgaragenstellplatz kann auch dann mangelhaft, weil zu schmal sein, wenn er die Mindestmaße der anzuwendenden bauordnungsrechtlichen Vorschriften einhält. Das ist bei einem mit besonderem Komfort beworbenen Objekt anzunehmen, wenn ein Durchschnittsfahrer den Stellplatz nicht in zumutbarer Weise mit einem gehobenen Mittelklassefahrzeug nutzen kann.
4. Eine Fristsetzung zur Beseitigung eines solchen Mangels erübrigt sich, wenn dafür eine Säule versetzt und dadurch erheblich in die Statik des Gebäudes eingegriffen werden müsste.

OLG Braunschweig, Urteil vom 20.06.2019, Az.: 8 U 62/18; NJW 2019, 3655 = IBR 2019, 3655

\*\*\*\*\*

## G. Wohnungseigentumsrecht

### 1. Rechtsprechungsänderung bei Anspruchskonkurrenz Schadensersatz/Beseitigung im WEG

1. Für Schadensersatzansprüche, die auf die Verletzung des Gemeinschaftseigentums gestützt werden, besteht ausnahmsweise keine geborene, sondern lediglich eine gekorene Ausübungsbefugnis der Wohnungseigentümergeinschaft, wenn und soweit sie in Anspruchskonkurrenz zu Beseitigungsansprüchen der Wohnungseigentümer aus dem Miteigentum an dem Grundstück gemäß § 1004 Abs. 1 BGB stehen; das gilt auch, soweit der Beseitigungsanspruch die Wiederherstellung des vorherigen Zustands umfasst (insoweit Aufgabe von Senat, Urteil vom 7. Februar 2014, V ZR 25/13, NJW 2014, 1090 Rn. 17).
2. In Ausnahmefällen kann ein Beschluss, mit dem Individualansprüche der Wohnungseigentümer vergemeinschaftet werden, als rechtsmissbräuchlich und deshalb als nichtig anzusehen sein; das kommt etwa dann in Betracht, wenn ein einzelner Wohnungseigentümer seinen Individualanspruch bereits gerichtlich geltend gemacht hat, eine Rechtsverfolgung durch die Wohnungseigentümergeinschaft nicht beabsichtigt ist und die Beschlussfassung allein dazu dienen soll, den laufenden Individualprozess zu beenden.
3. Zieht die Gemeinschaft auf § 1004 BGB gestützte Individualansprüche der Wohnungseigentümer durch Beschluss an sich, nachdem ein Wohnungseigentümer seinen Individualanspruch gerichtlich geltend gemacht hat, und hält das Gericht den Beschluss nicht für nichtig, so kann es das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO bis zur Erledigung eines auf die Vergemeinschaftung bezogenen Beschlussmängelverfahrens aussetzen; in der Regel wird das Ermessen dahingehend reduziert sein, dass die Aussetzung erfolgen muss.

BGH, Urteil vom 26.10.2018, Az.: V ZR 328/17; NJW 2019, 1216 = ZfBR 2019, 203

\*\*\*\*\*

### 2. Bereinigung eines „Geburtsfehlers“ in der Gemeinschaftsordnung einer WEG

Ein Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG setzt nicht voraus, dass sich tatsächliche oder rechtliche Umstände nachträglich verändert haben; er kommt auch in Betracht, wenn Regelungen der Gemeinschaftsordnung von Anfang an verfehlt oder sonst unbillig waren (sog. Geburtsfehler).

BGH, Urteil vom 22.03.2019, Az.: V ZR 298/16; NJW 2019, 3716

\*\*\*\*\*

### 3. Kostenersatz bei eigenmächtiger Fenstererneuerung durch Wohnungseigentümer

1. Dem Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durchführt, steht kein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht zu. Das gilt auch dann, wenn die von dem Wohnungseigentümer durchgeführte Maßnahme ohnehin hätte vorgenommen werden müssen (insoweit Aufgabe von Senat, Urteil vom 25. September 2015 - V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 = NJW 2016, 1310 Rn. 12 f.).
2. Auch wenn der Wohnungseigentümer eine Maßnahme zur Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums in der irrigen Annahme durchführt, er

habe diese als Sondereigentümer auf eigene Kosten vorzunehmen (hier: Fenstererneuerung), besteht ein solcher Anspruch nicht.

BGH, Urteil vom 14.06.2019, Az.: V ZR 254/17; NJW 2019, 3780 = ZfBR 2019, 671

\*\*\*\*\*

#### 4. *Auslegung einer Vertretungsklausel zur Eigentümerversammlung*

1. Eine Bestimmung in der Teilungserklärung, nach der Wohnungseigentümer sich in der Eigentümerversammlung nur durch den Ehegatten, einen Wohnungseigentümer oder den Verwalter vertreten lassen können, ist regelmäßig dahin ergänzend auszulegen, dass sie auch für juristische Personen gilt und dass diese sich nicht nur durch ihre organschaftlichen Vertreter, sondern auch durch einen ihrer Mitarbeiter vertreten lassen können.
2. Eine solche Vertretungsklausel ist ferner regelmäßig ergänzend dahin auszulegen, dass sich eine juristische Person in der Eigentümerversammlung jedenfalls auch von einem Mitarbeiter einer zu demselben Konzern gehörenden (weiteren) Tochtergesellschaft vertreten lassen darf, wenn diese für die Verwaltung der Sondereigentumseinheiten zuständig ist.

BGH, Urteil vom 28.06.2019, Az.: V ZR 250/18; NJW-RR 2019, 1354

\*\*\*\*\*

#### 5. *Unwirksame Klausel in einem Bauträgervertrag, wonach die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Verwalter zu beauftragenden Sachverständigen erfolgt*

1. Beschließen die Eigentümer, einen Sachverständigen mit einer für alle Beteiligten verbindlichen Mangelbeurteilung zu beauftragen, bedeutet dies, dass sie auch die Ausübung der Rechte wegen dieser Mängel an sich gezogen haben.
2. (...)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 10.04.2018, Az.: 8 U 19/14; BauR 2019, 266

\*\*\*\*\*

## H. **AGB-Recht**

### 1. *Haftung der Planungs- und Baubeteiligten bei fehlerhafter Verlegung von Straßenpflaster*

1. Sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers in einem Vertrag über Bauleistungen die Geltung von § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (2000) und zusätzlich eine Verjährungsfrist für die Gewährleistung von fünf Jahren vor, hält dies einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. Februar 1989, VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75).
2. (...)

BGH, Urteil vom 27.09.2018, Az.: VII ZR 45/17; BauR 2019, 246 = NJW 2019, 421 = NZBau 2019, 235 = IBR 2019, 11

\*\*\*\*\*



## 2. Lückenfüllung nach AGB-Kontrollverdict zu exorbitanter Bindungsfrist

1. Bei einem Verkauf verbilligten Baulandes an einen privaten Käufer im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages ist eine Bindungsfrist von 30 Jahren für die Ausübung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde grundsätzlich nur dann angemessen, wenn dem Erwerber ein besonders hoher Preisnachlass gewährt wurde oder sonst außergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine derart lange Bindung des Erwerbers rechtfertigen. Die Gewährung eines Preisnachlasses von 29% gegenüber dem Verkehrswert genügt hierfür nicht.
2. Bei einer Kaufpreisverbilligung von 20% ist eine Bindungsfrist von 20 Jahren grundsätzlich noch angemessen.
3. Lücken, die sich in einem Vertragsgefüge infolge AGB-Kontrolle ergeben, können im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung – nach dem objektivierten hypothetischen Parteiwillen – geschlossen werden, wenn die ersatzlose Streichung unwirksamer Klauseln die beiderseitige Interessenlage in nicht vertretbarer Weise abbilden würde. Art. 6 der Klausel-RL93/13/EWG steht einer solchen Lückenfüllung nicht entgegen (im Anschluss an BGH [VIII. Zivilsenat], BGHZ 209, 337 Rn. 23 ff. = NJW 2017, 320).

BGH, Urteil vom 15.02.2019, Az.: V ZR 77/18; NJW 2019, 2602 = NZBau 2019, 575 = ZfBR 2019, 558

\*\*\*\*\*

## 3. Abwehrklausel in Bieteranschreiben; das „Wie“ der Preiskalkulation ist Bietersache; Schadensersatz wegen Vergaberechtsverstößes auch ohne Nachprüfungsantrag oder Rüge

1. Bedingt sich der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen (hier: § 1 Abs. 1.3 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für Bauleistungen [ZVBBau] Stand 10. Juni 2015) aus, dass etwaige Vorverträge, in den Vergabeunterlagen nicht als Vertragsbestandteile aufgeführte Unterlagen, Protokolle oder Klauselwerke oder sonstige Korrespondenz im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss, insbesondere Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen des Auftragnehmers nicht Vertragsbestandteil werden, und stellt ein Bieter mit seinem Angebot abweichende Zahlungsbedingungen, können diese infolge der Abwehrklausel des Auftraggebers im Falle der Auftragserteilung keine rechtliche Wirkung entfalten. Ein Ausschluss des Angebots wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen ist deshalb nicht erforderlich und nicht zulässig.
2. Auch ohne Geltung von § 1 Abs. 1.3 ZVBBau kann ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie namentlich Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen beigefügt hat, ohne Verstoß gegen § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A in der Wertung verbleiben, wenn nach bloßer Streichung des Hinzugefügten ein dem maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliegt.
3. (...)

BGH, Urteil vom 18.06.2019, Az.: X ZR 86/17; BauR 2019, 1771 = NZBau 2019, 661 = IBR 2019, 571

\*\*\*\*\*

#### 4. Qualifizierung der Regelung in Vertragsmuster des Bundes für Verträge mit Architekten als AGB/Kontrollfreiheit von Baukostenobergrenzen

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen, die Art, Umfang und Güte der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu zahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen (Leistungsbeschreibungen und Preisvereinbarungen), sind von der Inhaltskontrolle ausgenommen. Die Freistellung von der Inhaltskontrolle gilt jedoch nur für Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten, d.h. den Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.
2. Zu den Leistungsbestimmungen, von denen die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Leistungspflichten des Architekten abhängig ist und die damit den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistungspflichten bilden, gehören sämtliche Vereinbarungen der Vertragsparteien zur Beschaffenheit der von dem Architekten zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele.
3. Zur Frage, ob die in Vertragsmustern des Bundes für Verträge mit Architekten vorgesehenen Regelungen

*"Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von \_\_\_ € brutto/€ netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind."*

als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind.

Ergänzend:

4. Für die Frage, ob vorstehende Vertragsbestimmung für eine Vielzahl von Verträgen verwendet werden soll, ist eine Absicht des Auftraggebers entscheidend, die ausgefüllte Vertragsbestimmung für mindestens zwei weitere Verträge zu verwenden. Das ist bei einer Baukostenobergrenze zu verneinen. Sie wird entsprechend den Gegebenheiten des konkret zu planenden und gegebenenfalls zu verwirklichenden Bauvorhabens und den für dieses Vorhaben verfügbaren finanziellen Mitteln festgesetzt. Baukostensumme und Bauvorhaben bilden deshalb eine nur das konkrete Bauvorhaben betreffende, individuelle Einheit. Eine Verwendung der ausgefüllten Vertragsbedingung für einen Vertrag, der ein anderes Bauvorhaben betrifft, ist ebenso wenig vorgesehen wie eine nochmalige Verwendung für dieselbe Planungs- und/oder Überwachungsleistung bei diesem Bauvorhaben.

BGH, Urteil vom 11.07.2019, Az.: VII ZR 266/17; BauR 2019, 1805 = NJW 2019, 2997 = NZBau 2019, 632 = ZfBR 2019, 774 = IBR 2019, 500

\*\*\*\*\*

#### 5. Zahlung kann nicht von der Beseitigung sämtlicher Mängel abhängig gemacht werden!

Eine Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgers, wonach der Anspruch des Auftragnehmers auf Zahlung der Schlussrechnungsforderung erst nach Beseitigung sämtlicher Mängel fällig wird, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

OLG Frankfurt, Urteil vom 13.10.2016, Az.: 12 U 174/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 05.12.2018, Az.: VII ZR 299/16); IBR 2019, 364

\*\*\*\*\*

### 6. *Auflassung erst nach Abnahme: Klausel unwirksam!*

1. Die Klausel in einem Bauträgervertrag, wonach der Bauträger die Auflassung erst erklären muss, wenn der Erwerber das Sonder- und Gemeinschaftseigentum abgenommen hat, benachteiligt den Erwerber unangemessen und ist unwirksam.
2. (...)

OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.10.2016, Az.: 19 U 109/14 (Nichtzul.-Beschw. zurückgew. – BGH, Beschluss vom 12.09.2018, Az.: VII ZR 293/16); IBR 2019, 73

\*\*\*\*\*

### 7. *Unwiderrufliche Vollmacht zur Abnahme benachteiligt die Erwerber unangemessen!*

1. Eine Abnahmeklausel im Bauträgervertrag, wonach "die Abnahme des sonstigen Gemeinschaftseigentums und der Garage nach vollständiger Fertigstellung durch den Verwalter und mindestens zwei von der Eigentümerversammlung gewählte Käufer erfolgt und diese Personen vom Käufer unwiderruflich zur Abnahme und Vornahme aller hierzu erforderlichen oder zweckdienlichen Maßnahmen und Erklärungen bevollmächtigt werden", benachteiligt den Erwerber unangemessen und ist unwirksam.
2. Der Bauträger kann sich auf das Fehlen der Abnahme nicht berufen, wenn er diese durch die Verwendung einer unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingung selbst verhindert und den Anschein einer Abnahme erweckt hat.

OLG Nürnberg, Urteil vom 26.04.2018, Az.: 13 U 1908/16; IBR 2019, 319

\*\*\*\*\*

### 8. *Bauvertrag nach BGB oder VOB/B?*

1. Will der Auftragnehmer die VOB/B in den Bauvertrag mit einem privaten Auftraggeber einbeziehen, muss er diesem einen Text der VOB/B aushändigen. Das gilt nicht, wenn der Auftraggeber bei Vertragsabschluss durch einen Architekten vertreten wurde.
2. Eine wirksame Einbeziehung der VOB/B ergibt sich nicht daraus, dass der Auftraggeber bzw. sein Prozessbevollmächtigter im Rechtsstreit auf Bestimmungen der VOB/B Bezug nimmt.

OLG Brandenburg, Urteil vom 26.07.2018, Az.: 12 U 11/17; IBR 2019, 117

\*\*\*\*\*

### 9. *Die doppelte Schriftformklausel: Gerne verwendet, aber letztlich nutzlos!*

Durch eine in einem vorformulierten Bauvertrag enthaltene sog. doppelte Schriftformklausel wird eine mündliche oder auch konkludente Änderung der Vertragsabreden nicht ausgeschlossen.

OLG Brandenburg, Urteil vom 26.07.2018, Az.: 12 U 11/17; IBR 2019, 119

\*\*\*\*\*

### 10. *Ausschluss der Einrede der Anfechtbarkeit: Sicherungsabrede insgesamt unwirksam?*

Eine vom Auftraggeber vorformuliert gestellte Sicherungsabrede für eine kombinierte Erfüllungs- und Mängelbürgschaft, wonach der Bürge auf die Einrede der Anfechtbarkeit verzichten muss und der Auftragnehmer nur eine Bürgschaft mit einem solchen Verzicht als Austauschsicherheit stellen darf, ist insgesamt unwirksam.

OLG München, Beschluss vom 07.11.2018, Az.: 9 U 1903/18; IBR 2019, 71

\*\*\*\*\*

### 11. *„Fertigstellung“ als Anknüpfungspunkt für Vertragsstrafe*

1. (...)

4. Eine mögliche Kumulierung von Einzelvertragsstrafen von 0,2% der Bruttoauftragssumme je Kalendertag, die bereits bei relativ geringfügiger Überschreitung eines der vereinbarten Fertigstellungstermine (hier vereinbart zu mehreren Zwischen- und dem Gesamtfertigstellungstermin) zu einer Verwirkung der gesamten Vertragsstrafe von 5% der Bruttoauftragssumme führen könnte, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist deshalb unwirksam. Die Vertragsstrafe für die Überschreitung des (Gesamt-)fertigstellungstermins stellt jedoch nach der Vertragsgestaltung eine eigenständige Regelung dar, die inhaltlich, optisch und sprachlich von der Vertragsstrafe für die Überschreitung der anderen aufgeführten Termine trennbar und aus sich heraus verständlich ist, so dass die Voraussetzungen vorliegen, nach denen ein Klauselteil einer eigenen Inhaltskontrolle unterzogen werden kann. Isoliert betrachtet, hält die Klausel, soweit sie an die Überschreitung des (Gesamt-)fertigstellungstermins anknüpft, einer solchen Kontrolle stand.

(...)

OLG Brandenburg, Urteil vom 09.11.2018, Az.: 4 U 49/16; BauR 2019, 677 = NJW 2019, 939 = NZBau 2019, 366 = IBR 2019, 125

\*\*\*\*\*

### 12. *Keine Verjährung ohne Schlussrechnung!*

Die Regelung des § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B, wonach der Anspruch des Auftragnehmers auf Schlusszahlung erst nach Stellung der Schlussrechnung fällig wird, so dass er den Eintritt der Verjährung seiner Werklohnforderung einseitig bestimmen kann, benachteiligt den Auftraggeber nicht unangemessen und hält einer isolierten AGB-Kontrolle stand.

OLG Hamburg, Urteil vom 20.12.2018, Az.: 4 U 80/18; BauR 2019, 1306 = IBR 2019, 248

\*\*\*\*\*

### 13. *Vertragsstrafe auf Zwischentermine muss auf anteiligen Auftragswert begrenzt werden!*

Eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags enthaltene Vertragsstrafenregelung, die für die schuldhafte Überschreitung einer Vertragsfrist oder mehrerer Vertragsfristen eine Vertragsstrafe i.H.v. 0,2% der Netto-Schlussrechnungssumme pro Werktag und eine Begrenzung auf höchstens 5% der Netto-Schlussrechnungssumme festlegt, ist unwirksam.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2018, Az.: 8 U 55/17; BauR 2019, 1937 = NJW 2019, 2098 = NZBau 2019, 370 = IBR 2019, 185

\*\*\*\*\*

#### *14. Unkalkulierbare Risiken übernommen: Kein Anspruch auf Mehrvergütung!*

1. (...)
2. Beinhaltet die Übertragung der Planungsverantwortung aufgrund einer kurzen Angebotsfrist ein unkalkulierbares Risiko, ändert dies nichts an der Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung; der Bieter muss den Verstoß im Vergabeverfahren geltend machen. Die Übernahme der Planungsverantwortung stellt kein ungewöhnliches Wagnis gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 EU VOB/A bzw. § 9 Nr. 2 VOB/A 2006 dar.
3. Eine Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der dem Auftragnehmer die Planung für die Bauleistung übertragen wird, unterliegt nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Es handelt sich um eine Regelung, die die vertragliche Hauptleistung, nämlich die Planungsleistung des Unternehmers, unmittelbar bestimmt.

OLG München, Urteil vom 12.02.2019, Az.: 9 U 728/18 Bau; BauR 2019, 1156 = ZfBR 2019, 462 = IBR 2019, 243

\*\*\*\*\*

#### *15. Grenzen des Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers, insbesondere bei der Ausschreibung von Postdienstleistungen*

1. (...)
4. Vertragsklauseln sind im Nachprüfungsverfahren nicht grundsätzlich auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit zu prüfen.

OLG Celle, Beschluss vom 19.03.2019, Az.: 13 Verg 7/18; NZBau 2019, 462 = VergR 2019, 559 = IBR 2019, 388

\*\*\*\*\*

#### *16. Rücktritt des Bauträgers vom Vertrag bei Teilleistung der fälligen Bezugsrate durch den Erwerber/Zahlung der Schlussrate auf Notaranderkonto*

1. Die Bestimmung eines Bauträgervertrages, wonach die Schlussrate bereits bei Fälligkeit der Bezugsfertigungsrate auf ein Anderkonto der beurkundenden Notarin zu zahlen ist, weicht nicht zu Lasten des Erwerbers von § 3 Abs. 2 MaBV ab und ist also wirksam.
2. (...)

Kammergericht, Urteil vom 07.05.2019, Az.: 21 U 139/18; ZfIR 2019, 624 = IBR 2019, 499

\*\*\*\*\*

*17. Einstweilige Verfügung auf Herausgabe einer bezugsfertigen Wohnung gegen Bauträger bei Vermietung*

1. (...)
4. Die Bestimmung in den von einem Bauträger gestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrages, wonach die Schlussrate bereits vor vollständiger Fertigstellung des Vertragsgegenstands auf das Anderkonto eines Notars zu zahlen ist, verstößt gegen § 309 Nr. 2 a) BGB und ist unwirksam.

Kammergericht, Urteil vom 20.08.2019, Az.: 21 W 17/19; NJW-RR 2019, 1231 = NZBau 2019, 723 = IBR 2019, 614

\*\*\*\*\*

*18. Allgemeine Geschäftsbedingung trotz handschriftlicher Zusätze?*

Handschriftliche Zusätze (hier: Prozentsätze für Einbehalte), die in vorformulierte Vertragsmuster eingetragen werden, ändern jedenfalls dann nichts an der Einordnung der davon betroffenen Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung, wenn sie auf den Vertragsinhalt und die gegenseitigen Pflichten keinen wesentlichen Einfluss haben (Abgrenzung zu BGH, IBR 2019, 500).

OLG Celle, Urteil vom 02.10.2019, Az.: 14 U 94/19; IBR 2019, 659

\*\*\*\*\*

*19. Zulässigkeit einer Vertragsstrafenklausel – Lkw-Kartell*

1. (...)
7. Die AGB-Klausel, nach der der Auftragnehmer 15 % der Auftragssumme an den Auftraggeber zu zahlen hat, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, ist nicht nach dem Maßstab des § 309 Nr. 5a BGB, dessen Wertungen über §§ 307, 310 BGB auch im Verkehr zwischen Unternehmen oder wie hier Unternehmen und einer juristischen Person Anwendung finden, unzulässig.
8. Die AGB-Klausel, nach der der Auftragnehmer 15 % der Auftragssumme an den Auftraggeber zu zahlen hat, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe nachweislich eine Abrede getroffen hat, ist auch nicht wegen Intransparenz unwirksam, da der Begriff der Auftragssumme weder unbestimmt noch unklar ist. Vielmehr ist eine Auslegung der Klausel möglich, bei der auch Sinn und Zweck der Klausel zu berücksichtigen sind, wonach die kartellbedingten Preisüberhöhungen abgeschöpft werden sollen, wohingegen Steuern in der Regel Durchlaufposten sind.
9. (...)

LG Stuttgart, Urteil vom 19.07.2018, Az.: 30 O 33/17; NZBau 2019, 71

\*\*\*\*\*

## 20. Verstoß gegen Tariftreuegesetz: Auftragnehmer muss keine Vertragsstrafe zahlen!

1. Die Bestrafung des Auftragnehmers ist nicht Aufgabe des Zivilrechts. Ist ausgeschlossen, dass dem Auftraggeber aufgrund eines Verstoßes des Auftragnehmers gegen Vorschriften des Tariftreue- und Vergabegesetzes ein Schaden entsteht, kann ein solches Fehlverhalten nicht mit einer Vertragsstrafe belegt werden.
2. Die Kumulierung einzelner Vertragsstrafen ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur wirksam, wenn sie eine vertretbare Höhe aufweisen und betragsmäßig angemessen nach oben begrenzt werden (hier verneint).
3. Eine verschuldensunabhängige Vertragsstrafenregelung benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

LG Köln, Urteil vom 22.10.2018, Az.: 18 O 33/18; IBR 2019, 186

\*\*\*\*\*

## 21. AGB-Festigkeit von § 4 Abs. 7 S. 3 VOB/B

1. § 4 Abs. 7 Nr. 3 VOB/B hält einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB stand, weil die Bestimmung weder von wesentlichen Grundgedanken gesetzlicher Regelungen abweicht noch den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt.
2. § 314 BGB ist auf Bauverträge anwendbar, auch wenn sie keine Dauerschuldverhältnisse im engeren Sinne darstellen. Ist das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört, ist eine Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grund zulässig.

LG Bremen, Urteil vom 20.06.2019, Az.: 2 O 2021/10; BauR 2019, 1782

\*\*\*\*\*

### I. Prozessrecht (einschließlich Schiedsgutachtenverfahren)

#### I. Allgemeines Prozessrecht

##### 1. Keine Sonderzuständigkeit der Baukammern für Bürgschaftsstreitigkeiten

Für Streitigkeiten aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft, die ein an dem zugrunde liegenden Bauvertrag unbeteiligter Dritter gegenüber dem Auftraggeber des Bauvorhabens übernommen hat, ist eine Sonderzuständigkeit der Kammern für Bausachen nach § 72a Satz 1 Nr. 2 GVG nicht begründet.

Kammergericht, Beschluss vom 13.12.2018, Az.: 2 AR 60/18; NJW-RR 2019, 593 = NZBau 2019, 312 = IBR 2019, 112

\*\*\*\*\*

##### 2. Wo wird Klage gegen eine BLB-Niederlassung erhoben?

1. § 18 Abs. 1 VOB/B normiert einen ausschließlichen Gerichtsstand am Sitz der für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle.
2. Der Sitz der für die Prozessvertretung zuständigen Stelle richtet sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalls. Bei juristischen Personen kommt deren Sitz oder bei entsprechendem Bezug auch deren Niederlassung in Betracht.

3. Für den Bezug zur Niederlassung genügt es, wenn das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft zumindest mit Rücksicht auf die Geschäftstätigkeit der Niederlassung abgeschlossen worden ist oder als deren Folge erscheint.

OLG Hamm, Beschluss vom 03.01.2019, Az.: 32 SA 59/18; IBR 2019, 357

\*\*\*\*\*

## II. Gutachten im Prozess/Schiedsgutachten

### 1. *Gerichtssachverständiger darf keinen anderen Gutachter (unter-)beauftragen!*

1. Hilfskräfte i.S.v. § 12 Abs. 1 Nr. 1 JVEG (§ 407a Abs. 3 ZPO) sind ausschließlich Personen, die auf demselben Gebiet wie der beauftragte Sachverständige tätig sind und seinen fachlichen Weisungen und seiner Kontrolle unterliegen. Der Sachverständige behält die Hauptverantwortung für sein Gutachten.
2. Andere (Fach-)Sachverständige darf der gerichtliche Sachverständige nicht beauftragen, und zwar unabhängig davon, ob das Gericht diese Konstruktion erlaubt oder nicht.
3. Das Gutachten eines Gerichtssachverständigen ist dann unverwertbar, wenn sich dieser mangels eigener Sachkunde auf die Ergebnisse und Feststellungen eines weiteren Sachverständigen stützt.
4. Weder Vorschuss noch Kostenerstattung kann für die Tätigkeit eines weiteren, vom Gerichtssachverständigen herangezogenen Sachverständigen verlangt werden. Im Beschwerdeverfahren nach § 4 Abs. 3 JVEG gilt das Verschlechterungsverbot nicht.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.2018, Az.: 10 W 160/18; IBR 2019, 524

\*\*\*\*\*

### 2. *Darf der Sachverständige auf weitere Mängel hinweisen?*

1. Für die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen genügt jede Tatsache, die ein auch nur subjektives Misstrauen einer Partei in die Unparteilichkeit des Sachverständigen vernünftigerweise rechtfertigen kann.
2. Ob die Überschreitung des Gutachtauftrags geeignet ist, bei einer Partei bei vernünftiger Betrachtung die Besorgnis der Befangenheit hervorzurufen, ist einer schematischen Betrachtungsweise nicht zugänglich, sondern kann nur aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls entschieden werden.
3. Die Frist zur Ablehnung des Sachverständigen wegen der Besorgnis der Befangenheit läuft im allgemeinen gleichzeitig mit der vom Gericht gesetzten Frist zur Stellungnahme ab, wenn sich die Partei zur Begründung ihres Antrags mit dem Inhalt des Gutachtens auseinandersetzen muss.

OLG Brandenburg, Beschluss vom 07.03.2019, Az.: 12 W 3/19; ZfBR 2019, 467 = IBR 2019, 349

\*\*\*\*\*



### 3. *Kostenexplosion: Streitwert der Nebenintervention entspricht dem der Hauptsache!*

Der Streithelfer ist im selben Umfang am Prozess beteiligt wie die von ihm unterstützte Hauptpartei. Sein möglicherweise geringeres wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits führt nicht dazu, dass für ihn separat ein geringerer Streitwert festzusetzen ist.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 06.06.2019, Az.: 12 U 48/16; IBR 2019, 534

\*\*\*\*\*

## III. Schiedsverfahrensrecht

### 1. *Schiedsklausel auf bestimmte Streitigkeit beschränkt?*

1. Die Frage, ob eine Schiedsklausel nur bestimmte oder sämtliche Streitigkeiten erfasst, ist anhand allgemeiner Auslegungsgrundsätze unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Vereinbarung, etwaiger Äußerungen der Parteien und anhand einer vertragssystematischen Betrachtung sowie der Interessenlage der Parteien zu beantworten.
2. Eine Abrede, die Meinungsverschiedenheiten oder Streitigkeiten aus einem Vertrag allgemein einem Schiedsgericht zuweist, ist grundsätzlich weit auszulegen.
3. Eine individuell ausgehandelte Unterwerfung durch ein Schiedsgericht geht einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffenen Gerichtsstandsvereinbarung vor.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.02.2019, Az.: 26 SchH 1/18; IBR 2019, 353

\*\*\*\*\*

## J. Selbständiges Beweisverfahren

### I. Verfahrensrecht (bis Beweisbeschluss) einschl. Verjährung

#### 1. *Begründete Ablehnung eines Sachverständigen wegen Befangenheit*

1. Führt ein Sachverständiger zur Vorbereitung seines Gutachtens einen Ortstermin in Anwesenheit nur einer der Parteien durch, ohne der anderen die Gelegenheit zur Teilnahme zu geben, lässt ihn dies nach ständiger Rechtsprechung als befangen erscheinen.
2. Dies rechtfertigt sich aus dem Verstoß gegen das Gebot der Waffengleichheit, weil sich der Sachverständige der einseitigen Einflussnahme einer Partei aussetzt.
3. Eine verständige Partei darf in der Folge mutmaßen, dass hierbei auch ein – für sie nach Inhalt und Dimension nicht zu überblickender – Informations- und Meinungsaustausch über das streitige Rechtsverhältnis stattgefunden hat.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31.01.2019, Az.: 8 U 97/15; NJW 2019, 1691 = IBR 2019, 286

\*\*\*\*\*

## II. Durchführung und Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens

### 1. Sachverständiger ist auf Antrag stets anzuhören!

Die Parteien haben einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für wesentlich erachten, in einer mündlichen Anhörung stellen können. Dabei kommt es für die Notwendigkeit einer solchen Anhörung insbesondere nicht darauf an, ob das Gericht noch Erläuterungsbedarf sieht oder ob das schriftliche Gutachten Mängel aufweist.

BGH, Beschluss vom 06.03.2019, Az.: VII ZR 303/16; BauR 2019, 1011 = IBR 2019, 355

\*\*\*\*\*

### 2. Ergänzungsgutachten statt mündlicher Anhörung!

Das rechtliche Gehör wird auch dann noch gewährleistet, wenn die mündliche Anhörung des Sachverständigen aufgehoben und stattdessen die Einholung eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens angeordnet wird.

OLG Köln, Beschluss vom 14.02.2019, Az.: 11 W 8/19; IBR 2019, 409

\*\*\*\*\*

### 3. Selbständiges Beweisverfahren: Wie lange darf der Antragsteller nachfragen?

Setzt das Gericht mit der Übermittlung einer gutachterlichen Stellungnahme im selbständigen Beweisverfahren keine Frist zur Stellungnahme gem. § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO, kann nach den Umständen des Einzelfalls auch ein erst 11 Wochen nach Zustellung eingehender Schriftsatz mit Ergänzungsfragen noch innerhalb eines angemessenen Zeitraums i.S.v. § 411 Abs. 4 Satz 1 ZPO mitgeteilt sein.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 21.08.2019, Az.: 13 W 40/19; IBR 2019, 712

\*\*\*\*\*

### 4. Verfahrensleitung gegenüber Sachverständigen ist nicht anfechtbar!

Die Entscheidung des Gerichts in einem selbständigen Beweisverfahren, ob und welche Anweisungen an den Sachverständigen erteilt werden, unterliegt grundsätzlich nicht der sofortigen Beschwerde.

OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.08.2019, Az.: 8 W 29/19; IBR 2019, 713

\*\*\*\*\*

## K. Insolvenzrecht

### 1. Anwendbarkeit des § 103 InsO nur bei nicht vollständig erfüllten, im Synallagma stehenden Hauptleistungspflichten

1. Der Insolvenzverwalter kann nur dann die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages verlangen oder die Erfüllung ablehnen, wenn im Zeitpunkt der Eröffnung im Synallagma stehende Hauptleistungspflichten ganz oder teilweise ausstanden.

2. Dem Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Unternehmers steht kein Recht zur Erfüllungswahl oder Ablehnung der Erfüllung zu, wenn der Besteller den Werklohn vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vollständig gezahlt hatte und nur die Abnahme der vom Unternehmer verweigerten Mängelbeseitigungsarbeiten ausstand.

BGH, Urteil vom 16.05.2019, Az.: IX ZR 44/18; BauR 2019, 1450 = NJW 2019, 2166 = ZfBR 2019, 566 = IBR 2019, 431

\*\*\*\*\*

## 2. *Sind Zahlungen an Bauunternehmer Bargeschäfte?*

1. Als Bargeschäfte werden gem. § 142 InsO Leistungen privilegiert, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt ist. Das Tatbestandsmerkmal "unmittelbar" setzt voraus, dass Leistung und Gegenleistung in einem engen zeitlichen Zusammenhang ausgetauscht werden.
2. Bei länger währenden Vertragsbeziehungen ist für ein Bargeschäft zu verlangen, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar sind und zeitnah ausgetauscht werden.
3. Zahlungen, mit denen ein Bauunternehmer nach Baufortschritt entlohnt wird, können Bargeschäfte sein, falls der Abstand zwischen den Raten nicht zu groß wird.

Kammergericht, Urteil vom 07.12.2018, Az.: 14 U 132/17; IBR 2019, 491

\*\*\*\*\*

## L. Sozialversicherungsrecht

### 1. *Tarifverträge über Sozialkassenverfahren im Baugewerbe gelten rückwirkend!*

1. Es begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass § 7 SokaSiG die Tarifverträge über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe rückwirkend auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber erstreckt.
2. Damit wird auch nicht das Vertrauen tariffreier Arbeitgeber darin verletzt, nicht von rückwirkenden Gesetzen in unzulässiger Weise belastet zu werden.

BAG, Urteil vom 20.11.2018, Az.: 10 AZR 121/18; IBR 2019, 197

\*\*\*\*\*